

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรวมตัวของผู้ประกอบการในการกำหนดและอนุญาตให้ใช้  
มาตรฐานการเชื่อมต่อและมาตรฐานความเข้ากันได้: กรณีศึกษามาตรฐานระบบดีวีดี



นายฐาปนัญญ์ สารสมบัติ

สถาบันวิทยบริการ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

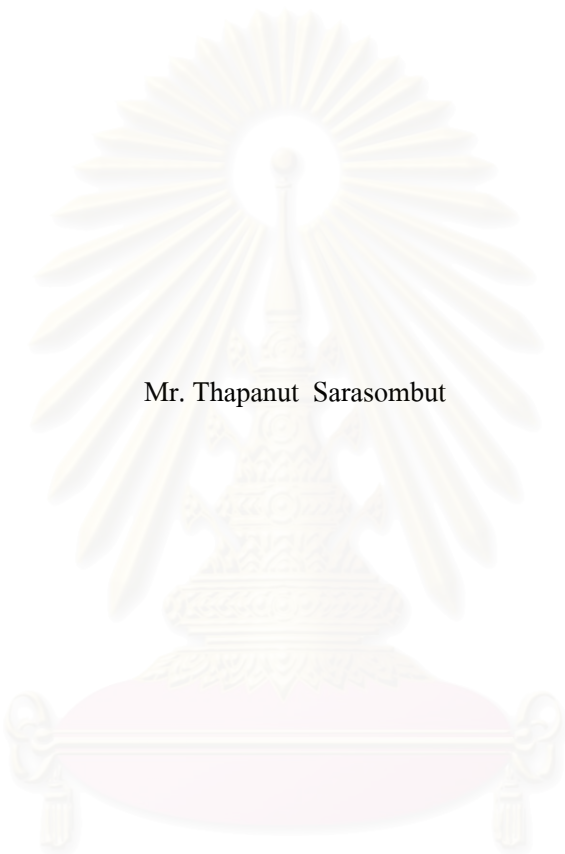
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2548

ISBN 974-53-2964-9

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CONCERTED EFFORT TO SET AND LICENSE INTERFACE AND COMPATIBILITY STANDARD:  
A CASE STUDY OF DVD FORMAT STANDARD



Mr. Thapanut Sarasombut

สถาบันวิทยบริการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2005

ISBN 974-53-2964-9



ฐาปนัฏฐ์ สารระสมบัคค : ปญหาทฎหมายเกยวขกัการรวมตัวของผู้ประกอบการในการกำหนดและอนุญาตให้ใช้มาตรฐานการเชื่อมต่อและมาตรฐานความเข้ากันได้: กรณีศึกษามาตรฐานระบบดีวีดี.  
(CONCERTED EFFORT TO SET AND LICENSE INTERFACE AND COMPATIBILITY STANDARD: A CASE OF DVD FORMAT STANDARD) อ. ที่ปรึกษา : รองศาสตราจารย์ ดร.  
ศักดา ธนิตกุล, 202 หน้า. ISBN 974-53-2964-9.

ในอุตสาหกรรมจำนวนมากที่ถูกขับเคลื่อนด้วยนวัตกรรมและมีการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีที่รวดเร็ว ผู้ประกอบการอาจร่วมมือกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้ขึ้นมาใช้ร่วมกันแทนที่จะทำการแข่งขันกันหรือใช้กระบวนการกำหนดมาตรฐานอย่างเป็นทางการ พฤติกรรมเช่นนี้ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดทั้งในด้านบวกและในด้านลบอันเนื่องมาจากคุณลักษณะของอุตสาหกรรมแบบเครือข่าย แม้ว่ามาตรฐานจะมีประโยชน์ต่อการทำงานร่วมกันของผลิตภัณฑ์ต่างๆแต่ในขณะเดียวกันก็เกิดเป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในหลายประการ และมาตรฐานก็ถูกนำมาใช้เป็นกลยุทธ์สำหรับการแข่งขันสมัยใหม่มากขึ้น เมื่อประกอบกับปัญหาจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับสิทธิบัตร) และการใช้การอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบหลายฝ่ายเพื่อส่งเสริมมาตรฐานใหม่ๆ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน) ที่สามารถทำให้ผู้ทรงสิทธิเข้าไปมีอำนาจควบคุมเหนือมาตรฐานและใช้อำนาจเหนือตลาดที่เพิ่มมากขึ้นนั้นกระทำต่อคู่แข่งของตนเอง วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีต่อปัญหาต่างๆดังกล่าว ผลจากการศึกษาพบว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีบทบาทเพื่อให้แน่ใจได้ว่าผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดจะไม่ใช้อำนาจตลาดเพื่อประโยชน์ในการรักษาอำนาจตลาดของตนเองด้วยการขัดขวางกระบวนการพัฒนาทางเทคโนโลยีใหม่ๆมิให้เข้าสู่ตลาด และมาตรฐานที่ถูกจัดตั้งนั้นเปิดกว้างสำหรับการนำไปใช้ได้โดยไม่ถูกจำกัดอย่างไม่เป็นธรรม

สำหรับประเทศไทย พ.ร.บ.การแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ได้ห้ามการร่วมกันกำหนดมาตรฐานดังกล่าวแม้ว่าจะมีเหตุผลอันสมควรและอาจเป็นประโยชน์ต่อการแข่งขันในภาพรวมก็ตาม และพ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522 มิได้มีบทกำหนดให้ผู้ทรงสิทธิบัตรอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรสำหรับมาตรฐานโดยยุติธรรมเนื่องจากยินยอมให้กำหนดเงื่อนไขถ่ายทอดกลับแบบเด็ดขาดซึ่งสามารถขัดขวางการพัฒนามาตรฐานทางเลือกขึ้นมาทดแทนมาตรฐานเดิมซึ่งไม่สอดคล้องกับแนวทางที่ใช้ในต่างประเทศที่ได้ศึกษากฎหมาย.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิสิต.....  
สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....  
ปีการศึกษา .....2548.....

## 4586074234 : MAJOR LAWS

KEY WORD: ANTITRUST LAW / COMPETITION LAW / STANDARD SETTING / INTERFACE STANDARD / COMPATIBILITY STANDARD / DVD STANDARD / SPECIFICATION / PATENT POOL / CONSENSUS STANDARD / OPEN STANDARD / VIRTUAL NETWORK / NETWORK EXTERNALITY / STANDARD DEVELOPING ORGANIZATION

THAPANUT SARASOMBUT : CONCERTED EFFORT TO SET AND LICENSE INTERFACE AND COMPATIBILITY STANDARD: A CASE OF DVD FORMAT STANDARD. THESIS ADVISOR : ASSOC. FROF. DR.SAKDA THANITKUL, 202 pp. ISBN 974-53-2964-9.

In many industries which are driven by innovation and experiencing rapid technological change, firms may cooperate to set product interface and compatibility standard instead of competing in format war or using formal standard-setting process. This practice impacts on market competition, both positive and negative, by features of network industry. Such standards facilitate interoperability but also raise antitrust issues and become more strategic in modern competition. Furthermore the intellectual property rights (particularly patent) and the use of multiparty licensing (particularly patent pool) to promote new standard can enable the holder to gain control over standard and exercise market power, which will greatly be amplified, against its rivals. This thesis is aimed at the study of the proper antitrust treatment upon those issues. The result shows that the antitrust law's role is to ensure that incumbent firms do not use their power to maintain its monopoly by blocking technological progress and such standard is opened for usable without undue restriction.

For Thailand, the Competition Act B.E. 2542 prohibits cooperative standard-setting even with reasonable cause and tends to be procompetitive. Also, the Patent Act B.E. 2522 does not require patent holders to license on fairness by permits exclusive grant-back provision that can block the development of alternative standards which does not correspond to the studied of foreign countries' approach.

Department.....LAWS.....Student's signature.....

Field of study.....LAWS.....Advisor's signature.....

Academic year .....2005.....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความกรุณาจากรองศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ฐนิตกุล ที่กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และได้ให้คำปรึกษา คำแนะนำ และความช่วยเหลือ ตรวจสอบแก้ไขวิทยานิพนธ์แก่ผู้เขียนเป็นอย่างมาก ผู้ช่วยศาสตราจารย์ธิติพันธ์ เชื้อบุญชัย อาจารย์ศิริพล ยอดเมืองเจริญ และอาจารย์สมคิด แสงนิล ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นกรรมการสอบ วิทยานิพนธ์และให้คำแนะนำอันเป็นประโยชน์ต่อการเขียนวิทยานิพนธ์จนสำเร็จลุล่วงด้วยดี ตลอดจนผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นิพนธ์ พัวพงศกร ที่ได้กรุณาสละเวลาให้คำแนะนำอันเป็นประโยชน์ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงไว้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา และพี่ ที่ให้ความอุปการะและการสนับสนุนในทุกด้านมาโดยตลอด ขอขอบคุณเพื่อนๆ ที่ให้ความช่วยเหลือและเป็นกำลังใจแก่ผู้เขียนจนสามารถจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วง สุดท้ายนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณและระลึกถึงรองศาสตราจารย์สุธีร์ สุภนิตย์ อาจารย์ผู้ประสิทธิ์ประสาทวิชากฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้แก่ผู้เขียนในชั้นปริญญาตรี ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นอย่างสูงไว้ ณ ที่นี้ ด้วย

ฐาปนัญญ์ สาระสมบัติ

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
<b>บทที่ 1 บทนำ</b>	
<b>1.1 ความสำคัญและที่มาของปัญหาที่ทำการวิจัย.....</b>	<b>1</b>
1.1.1 การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการเพื่อลดหรือจำกัดการแข่งขันและการกีดกันคู่แข่งด้วยมาตรฐาน.....	2
1.1.2 อำนาจผูกขาดโดยผลของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา.....	24
1.1.3 การรวมกลุ่มของผู้ทรงสิทธิบัตรเพื่อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน .....	32
<b>1.2 สมมติฐานของการวิจัย.....</b>	<b>33</b>
<b>1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....</b>	<b>33</b>
<b>1.4 ขอบเขตการวิจัยและวิธีการวิจัย.....</b>	<b>33</b>
<b>1.5 ประโยชน์ที่จะได้รับจากการวิจัย.....</b>	<b>33</b>
<b>บทที่ 2 กฎหมายการแข่งขันทางการค้าและแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์</b>	
<b>2.1 ความสำคัญของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม.....</b>	<b>35</b>
2.1.1 องค์ประกอบของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม.....	37
2.1.2 เจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า.....	39
<b>2.2 ลักษณะของข้อห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า .....</b>	<b>40</b>
2.2.1 ลักษณะที่เป็นข้อห้ามโดยตัวเอง (per se rule).....	41
2.2.2 ลักษณะกฎหมายที่ยึดหลักของเหตุผล (rule of reason).....	41
<b>2.3 ระบบกฎหมายการแข่งขันทางการค้า.....</b>	<b>42</b>
2.3.1 ระบบควบคุมโครงสร้างของตลาด.....	42
2.3.2 ระบบควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการ.....	42

	หน้า
2.4 ทฤษฎีการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจแบบใหม่ (The new economy).....	44
2.4.1 เศรษฐกิจแบบใหม่กับความเชื่อมโยงสู่นโยบายการแข่งขัน.....	45
2.4.2 การใช้กฎหมายการแข่งขันกับอุตสาหกรรมในเศรษฐกิจแบบใหม่....	48
<b>บทที่ 3 แนวทางการใช้กฎหมายกับพฤติกรรมความร่วมมือกันกำหนดมาตรฐานการ</b>	
<b>เชื่อมต่อโดยเอกชนในต่างประเทศ</b>	
3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	54
3.1.1 แนวทางการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดในสมัยก่อนปรับเข้ากับ	
แนวความคิดเศรษฐกิจแบบใหม่.....	56
3.1.1.1 การร่วมกันกำหนดมาตรฐาน โดยเอกชน.....	56
- คดี <i>Radiant Burners, Inc., v. Peoples Gas Light &amp; Coke Co. et</i>	
<i>al. (1961)</i> .....	59
- คดี <i>Allied Tube &amp; Conduit Corp. v. Indian Head, Inc., 486 U.S.</i>	
<i>492 (1988)</i> .....	60
- คดี <i>F.T.C. v. Indiana Federation of Dentists, 476 U.S. 447</i>	
<i>(1986)</i> .....	60
- การกำหนดมาตรฐาน Compact Disc ของ Philips และ Sony ในปี	
ค.ศ. 1980.....	61
3.1.1.2 สิทธิแต่เพียงผู้เดียวตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (กับปัญหา	
การผูกขาดทางการค้า).....	68
3.1.1.2.1 หลักการใช้สิทธิโดยมิชอบ (Misuse doctrine) .....	70
3.1.1.3 การรวมกลุ่มเพื่อทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน.....	71
3.1.1.3.1 ยุคที่เป็นอิสระจากการตรวจสอบของกฎหมายต่อต้านการ	
ผูกขาด.....	71
- คดี <i>Bement v. National Harrow Co., 186 U.S. 70 (1902)</i> .....	72
3.1.1.3.2 ยุคที่ต้องห้ามตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาด.....	72
- คดี <i>Standard sanitary manufacturing Co. v. United States, 220</i>	
<i>U.S. 20 (1912)</i> .....	73
- คดี <i>Hartford-Empire v. United States, 323 U.S. 386, 406 (1945).</i>	74
3.1.2 แนวทางการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดภายหลังแนวคิดเศรษฐกิจ	
แบบใหม่.....	75



	หน้า
3.1.2.1 การร่วมกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อที่เป็นประโยชน์.....	76
3.1.2.1.1 การแข่งขันที่ไม่ถูกปิดกั้น.....	78
3.1.2.1.2 ตลาดนวัตกรรม (Innovation market).....	79
3.1.2.2 การทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันที่เป็นประโยชน์.....	82
3.1.2.2.1 ปัญหาสิทธิบัตรที่ถูกปิดกั้นการใช้จากสิทธิบัตรอีกฉบับ หนึ่ง (Blocking patent).....	82
3.1.2.2.2 ปัญหาการคิดกำไรซ้ำซ้อน (double marginalization).....	83
3.1.2.3 Antitrust Guideline for the Licensing of Intellectual Property (1995).....	84
3.1.2.4 Antitrust Guideline for Collaboration Among Competitors (2000).....	88
3.1.2.4.1 การร่วมกันกำหนดมาตรฐานดีวีดีของผู้ประกอบการ.....	90
3.1.2.5 การควบคุมพฤติกรรมในขั้นตอนการร่วมกันกำหนดมาตรฐาน (Standard-setting process).....	94
3.1.2.5.1 ปัญหาสิทธิบัตรที่ถูกปกปิดไว้ (Hidden patents).....	94
3.1.2.5.1.1 แนวทางการแก้ไขปัญหาโดยใช้หลักกฎหมาย common law.....	95
- คดี <i>Stambler v. Diebold, Inc.</i> , 1988 WL 95479, 11 <i>U.S.P.Q.2d 1709 (E.D.N.Y. 1988)</i> , <i>aff d</i> , 878 F.2d 1445 ( <i>Fed.</i> <i>Cir. 1989</i> ).....	95
3.1.2.5.1.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาโดยใช้กฎหมายต่อต้าน การผูกขาด.....	96
- คดี <i>Dell Computer and VESA VL-bus standard 121FTC 616</i> <i>(1996)</i> .....	96
- คดี <i>Rambus, Inc v. Infineon Technologies AG, No. Civ. A.</i> <i>3:00CV524 (2001)</i> .....	100
- ข้อกำหนดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาใน DVD forum charter.....	102
3.1.2.5.2 ปัญหาการจำกัดผู้เข้าร่วมในการกำหนดมาตรฐาน.....	104
3.1.2.6 การควบคุมการใช้สิทธิบัตรร่วมกันเพื่อนำมาตรฐานไปใช้....	105
3.1.2.6.1 เป็นการรวบรวมเฉพาะสิทธิบัตรที่จำเป็น.....	106

	หน้า
3.1.2.6.2 การเข้าถึงมาตรฐาน (Fair).....	107
- หลักโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็น (Essential facilities doctrine)	108
- คดี <i>Image technical service, Ins vs. Eastman Kodak company, 125 F. 3d 1195, 1201 (9<sup>th</sup> Cir. 1997)</i> .....	110
- คดี <i>Independent Service Orgs. v. XEROX (2000)</i> .....	111
- คดี <i>Data General Corp. vs. Grumman Systems Support Corp., 36 F.3d 1147 (First Circuit, 1994)</i> .....	111
3.1.2.6.3 ข้อตกลงถ่ายทอกลับ (Grant-back agreement).....	115
3.1.2.6.4 ผลตอบแทนในระดับที่เหมาะสมและพอสมควร (Reasonable).....	117
3.1.2.6.5 การไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discriminatory).....	121
3.1.2.6.6 การกระจายอำนาจต่อรอง (Negotiating power).....	121
3.13 บทสรุปแนวทางของสหรัฐอเมริกา.....	122
<b>3.2 สหภาพยุโรป.....</b>	<b>124</b>
3.2.1 แนวคิดในการจัดตั้งตลาดร่วมสหภาพยุโรป.....	124
3.2.2 สนธิสัญญากรุงโรม.....	125
3.2.2.1 การร่วมกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อโดยผู้ประกอบการ.....	125
3.2.2.2 หลักโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นในกฎหมายการแข่งขันของสหภาพยุโรป.....	127
- คดี <i>NDC/IMS (2004)</i> .....	128
3.2.2.3 การทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน.....	129
- คดี <i>Philip VCR, OJ No L47, 18.1.1978</i> .....	129
- คดี <i>Philips/Matsushita-Dzb, OJ C220/2, 1991</i> .....	131
3.2.2.4 แนวทางการใช้กฎหมายการแข่งขันของสหภาพยุโรป	
- การร่วมกันกำหนดมาตรฐาน APS (Advanced Photographic System) และการทำ patent pool เพื่อสนับสนุนการนำมาตรฐานไปใช้.....	131
<b>3.3 ประเทศญี่ปุ่น.....</b>	<b>132</b>
3.3.1 ภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ของระบบเศรษฐกิจในประเทศญี่ปุ่น.....	133
3.3.2 จุดเริ่มต้นของกฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศญี่ปุ่น.....	135
3.3.3 ยุคมีดของกฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศญี่ปุ่น.....	138

	หน้า
3.3.4 การใช้มาตรฐานการเชื่อมต่อในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายทาง อุตสาหกรรม.....	140
3.3.5 การปฏิรูปกฎหมายต่อต้านการผูกขาดในประเทศญี่ปุ่น.....	141
3.3.6 กฎหมายต่อต้านการผูกขาดกับการพัฒนาอุตสาหกรรมของประเทศ ญี่ปุ่นในยุคปัจจุบัน.....	142
3.3.6.1 Guidelines concerning joint research and development (1993)..	143
3.3.6.2 Guideline for Patent and Know-How licensing agreements (1999).....	144
3.3.6.3 Guidelines on standardization and patent pool arrangements (2005).....	145
3.3.7 บทสรุปแนวทางของประเทศญี่ปุ่น.....	152
<b>บทที่ 4 การใช้กฎหมายกับพฤติกรรมการร่วมกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อโดย เอกชนในประเทศไทย</b>	
4.1 ความสามารถในการแข่งขันของไทยในอุตสาหกรรมเศรษฐกิจแบบใหม่..	154
4.2 วิเคราะห์การร่วมกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้ โดยผู้ประกอบการในประเทศไทย.....	158
4.2.1 การร่วมกันกำหนดมาตรฐานของกลุ่มผู้ประกอบการทั่วไป.....	159
4.2.2 การร่วมกันกำหนดมาตรฐานของกลุ่มผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้มี อำนาจตลาด.....	165
4.3 วิเคราะห์การควบคุมการใช้อำนาจตลาดจากสิทธิบัตรที่จำเป็นสำหรับ มาตรฐานการเชื่อมต่อ.....	168
4.3.1 มาตรการควบคุมข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตร.....	168
4.3.1.1 กฎกระทรวงฉบับที่ 25 พ.ศ.2542.....	168
4.3.1.2 พ.ร.บ.การแข่งขันทางการค้า.....	175
4.3.2 มาตรการควบคุมการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบ.....	175
<b>บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ</b>	
5.1 บทสรุป.....	182
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	190

	หน้า
รายการอ้างอิง.....	191
ภาคผนวก.....	195
- กฎกระทรวง ฉบับที่ 25 (พ.ศ.2542) ตามพ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522.....	195
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	202



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความสำคัญและที่มาของปัญหาที่ทำการวิจัย

ปัญหาการผูกขาดทางการค้าถือเป็นสิ่งไม่พึงประสงค์ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรี เพราะเชื่อกันว่าการแข่งขันโดยเสรีจะทำให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดทางเศรษฐกิจ (economic efficiency) อันจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ประกอบการและผู้บริโภค จากแนวคิดดังกล่าวกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงมีขึ้นเพื่อให้ตลาดมีการแข่งขันและกลไกตลาดสามารถทำหน้าที่ได้โดยอิสระ ปัญหาการผูกขาดอาจเกิดขึ้นได้ด้วยสาเหตุหลายประการ สาเหตุส่วนหนึ่งที่เกิดการผูกขาด คือ การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการเพื่อลดหรือจำกัดการแข่งขันและการกีดกันคู่แข่งด้วยมาตรฐาน, อำนาจผูกขาดโดยผลของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา, และการรวมกลุ่มของผู้ทรงสิทธิบัตรเพื่อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน ซึ่งทั้งสามประการล้วนแล้วแต่เป็นสิ่งที่ถูกยกขึ้นมาถกเถียงเป็นประเด็นปัญหาของการผูกขาดทางการค้ามาโดยตลอด และที่จริงแล้ว พฤติกรรมทั้งสามสิ่งนี้มีความเกี่ยวพันและก่อให้เกิดผลส่งเสริมกันและกัน

การจัดตั้งมาตรฐานการเชื่อมต่อฯ มีผลเป็นการลดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการในระดับเทคโนโลยีลง ด้วยเหตุที่ผู้ประกอบการที่เคยแข่งขันด้านเทคโนโลยี หันมาใช้และสนับสนุนเทคโนโลยีเดียวกัน สิทธิบัตรที่จำเป็นต้องใช้เพื่อปฏิบัติตามข้อกำหนดคุณสมบัติมาตรฐาน (Specification) จะมีสภาพเป็นสิทธิบัตรที่ผูกขาดไปในทันทีที่มาตรฐานนั้นได้รับความนิยมแพร่หลายในตลาด และผู้ทรงสิทธิบัตรได้รับ "สิทธิเด็ดขาด" (หรือ "สิทธิแต่เพียงผู้เดียว") ในการใช้เทคโนโลยีที่ผูกขาดนั้นตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา การผูกขาดทั้งสองระดับชั้นดังกล่าว ทำให้กลไกตลาดไม่สามารถทำหน้าที่ได้ ยิ่งไปกว่านั้นยังมีพฤติกรรมการรวมกลุ่มของผู้ประกอบการที่มีสิทธิผูกขาดทั้งสองระดับชั้น เพื่อทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน (patent pool) ยิ่งเสริมสร้างอำนาจผูกขาดของบรรดาผู้ประกอบการเหล่านั้นให้มากขึ้น ไปอีกจึงสามารถเป็นอันตรายต่อสภาพการแข่งขันในตลาดได้อย่างไม่ต้องสงสัย เพราะผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ประกอบการที่อยู่ในฐานะผู้ผูกขาดเบ็ดเสร็จตั้งแต่ในระดับเทคโนโลยีไปจนถึงระดับสินค้าปลายทาง สามารถใช้อำนาจผูกขาดที่มีแสวงหากำไรส่วนเกิน ด้วยการขึ้นค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิบัตรได้ตามใจชอบ รวมไปถึงการกีดกันผู้ประกอบการอื่นไม่ให้ใช้เทคโนโลยีที่ผูกขาดของตนและกีดกันผู้ประกอบการที่ใช้เทคโนโลยีอื่นๆออกไปจากตลาดได้ สรุปปัจจัยที่ทำให้ผู้ทรงสิทธิบัตรมีอำนาจผูกขาดเบ็ดเสร็จนี้ได้ 3 ประการ คือ

1. การร่วมกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้

2. สิทธิแต่เพียงผู้เดียวตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิบัตร)
3. การรวมกลุ่มเพื่อทำข้อตกลงใช้ทรัพย์สินทางปัญญา (สิทธิบัตร) ร่วมกัน

ปัจจัยทั้งสามนี้ล้วนแล้วแต่เป็นประเด็นที่ถูกถกเถียงกันอยู่เสมอว่าเป็นที่มาของปัญหาการผูกขาดทางการค้า แต่ในปีช่วงปลายของทศวรรษที่ 19 หน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐกลับเห็นชอบกับการร่วมกันกำหนดมาตรฐานดีวีดี (DVD standards) ตลอดจนการจัดทำ DVD patent pools ว่าเป็นสิ่งที่ส่งเสริมต่อการแข่งขัน จึงน่าสนใจว่า เหตุใดการกระทำที่อาจก่อให้เกิดอำนาจผูกขาดที่เมื่อถูกนำมาใช้ร่วมกันในมาตรฐานดีวีดีแล้วน่าจะส่งผลเสียต่อการแข่งขันได้อย่างมากมาย แต่หน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐกลับให้การยอมรับการกระทำดังกล่าวว่าสามารถกระทำได้ ซึ่งนั่นหมายความว่าหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐได้พิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำดังกล่าวจะไม่ก่อให้เกิดผลเสียหายต่อการแข่งขันในประเทศสหรัฐอเมริกา งานวิจัยชิ้นนี้จึงต้องการศึกษาถึงที่มาที่ไปและเหตุผลของหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดที่มีต่อการกระทำดังกล่าว ซึ่งแน่นอนว่า การกระทำเหล่านั้นมิใช่จะสามารถกระทำได้โดยอิสระ แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการที่ทำให้ไม่เกิดผลเสียหายต่อการแข่งขัน

เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจ จึงขอแยกอธิบายปัจจัยทั้งสาม ไปเป็นลำดับ ดังนี้

1.1.1 การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการเพื่อลดหรือจำกัดการแข่งขันและการกีดกันคู่แข่งด้วยมาตรฐาน

ความหมายและความสำคัญของมาตรฐานในอุตสาหกรรม

มาตรฐาน หมายถึงสิ่งที่ถือเอาเป็นหลักสำหรับการเทียบกำหนด หรือการกำหนดอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อถือเป็นหลักเทียบ เช่น เมื่อเราต้องการเลือกซื้อสินค้า มาตรฐานจะสามารถบอกให้เราทราบได้ทันทีว่าสินค้านั้นมีคุณภาพเป็นอย่างไร มีความน่าเชื่อถือและเป็นอันตรายหรือไม่ รวมถึงสามารถนำมาใช้งานกับอุปกรณ์ที่เรามีอยู่แล้วได้หรือไม่ ในชีวิตประจำวันของมนุษย์ล้วนแล้วแต่จำเป็นที่จะต้องมีการใช้ข้อกำหนดต่างๆ เป็นต้นว่า เราสามารถพูดคุยสื่อสารระหว่างกันให้เข้าใจกันได้ก็เพราะเราใช้ภาษาเดียวกัน ความต้องการมาตรฐานนั้นมีมาตั้งแต่อดีต และมาตรฐานมีความสำคัญมากยิ่งขึ้นเมื่อเกิด “ระบบ” (system) ต่างๆ ยกตัวอย่างเช่น ในระบบการสื่อสารโทรคมนาคมการทำงานของเครื่องโทรสารหรือโมเด็มของทั้งฝ่ายผู้ส่งและฝ่ายผู้รับ ต้องทำงานตามข้อกำหนดเกี่ยวกับการรับ-ส่งข้อมูลที่เหมือนกันเราจึงจะสามารถส่งโทรสารไปถึงผู้รับได้ ดังนั้น สมาพันธ์โทรคมนาคมระหว่างประเทศ (The International Telecommunications Union: ITU) จึงกำหนดให้มีมาตรฐานกลางสำหรับการสื่อสารของเครื่องโทรสารและโมเด็มขึ้น โดยหากเครื่องโทรสารและโมเด็มของผู้ผลิตใดใช้ข้อกำหนดที่แตกต่างออกไป ก็จะไม่สามารถทำงาน



ร่วมกับเครื่องโทรสารและโมเด็มที่ผลิตโดยใช้มาตรฐานของ ITU ได้ หรือการเชื่อมโยงคอมพิวเตอร์ หลายๆเครื่องเข้าด้วยกัน ถ้าเป็นระบบที่แตกต่างกัน ก็ไม่สามารถใช้งาน หรือติดต่อกันได้ ดังนั้นจึงต้องมีมาตรฐานในการติดต่อสื่อสารกัน เรียกว่า Protocol ซึ่งในระบบ Internet ได้ใช้ TCP/IP (Transmission Control Protocol / Internet Protocol) เป็นมาตรฐานในการติดต่อสื่อสารระหว่างกัน

มีสินค้าและบริการจำนวนมากที่เกี่ยวข้องกับการใช้งานบนมาตรฐานร่วมกัน เรียกได้ว่าเป็น "สินค้าแบบเครือข่าย" (Network product) ยกตัวอย่างเช่น โทรศัพท์ อีเมล อินเทอร์เน็ต อุปกรณ์คอมพิวเตอร์ เครื่องเล่นเพลงและแผ่นบันทึกเสียง เกมคอมพิวเตอร์ การให้บริการของธนาคาร และสายการบิน เหล่านี้เป็นต้น หากผู้ผลิตต้องการให้สินค้าซึ่งมาจากผู้ผลิตต่างรายกันสามารถนำมาใช้งานร่วมกันได้ ผู้ผลิตจำเป็นต้องมีการประสานงานร่วมกันเพื่อหาข้อกำหนดร่วมกันเป็นมาตรฐาน ตั้งแต่ในขั้นตอนการพัฒนาเลยทีเดียว

เราอาจแบ่งประเภทของมาตรฐานอุตสาหกรรมที่สำคัญได้เป็นสองประเภทใหญ่ๆ คือ

- มาตรฐานด้านคุณภาพ (Quality or performance standard) เป็นมาตรฐานที่กำหนดขึ้นเพื่อให้การรับรองคุณสมบัติของสินค้าที่จะวางขายในตลาดว่ามีคุณภาพ หรือความปลอดภัย (Safety standard) ถึงระดับที่กำหนดไว้โดยผู้สร้างมาตรฐาน ตัวอย่างของมาตรฐานประเภทนี้เช่น มาตรฐานปริมาณการปล่อยไอเสียของรถยนต์ เป็นต้น

- มาตรฐานการเชื่อมต่อและมาตรฐานการทำงานร่วมกันได้ (Interface standard and Compatibility standard) เป็นข้อกำหนดที่มีไว้เพื่อระบุว่าสินค้าจะสามารถทำงานเข้ากับสินค้าอื่น หรือสามารถสื่อสารเข้าใจกับสินค้าอื่นได้ เช่น การทำงานร่วมกันระหว่างระบบปฏิบัติการวินโดวส์ กับโปรแกรมอื่นที่เขียนขึ้นสำหรับใช้กับระบบปฏิบัติการวินโดวส์ เครื่องรับโทรทัศน์ที่ใช้ร่วมกับการส่งสัญญาณภาพและเสียงของสถานีโทรทัศน์ เป็นต้น

สินค้าที่ใช้มาตรฐานการเชื่อมต่อและมาตรฐานความเข้ากันได้เดียวกันจะสามารถทำงานร่วมกันหรือทดแทนกันได้ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญในอุตสาหกรรมบางประเภทที่มีลักษณะพิเศษ ที่เรียกว่า "อุตสาหกรรมแบบเครือข่าย" (Network Industries) ซึ่งแต่เดิมนั้นจะหมายความถึงอุตสาหกรรมโทรคมนาคม ก๊าซและไฟฟ้า เป็นหลัก เพราะอุตสาหกรรมเหล่านี้มีเครือข่ายจัดจำหน่าย (distribution network) ที่เป็นรูปธรรมซึ่งต้องใช้เงินลงทุนมหาศาลไปกับการสร้างเครือข่ายอันเป็นต้นทุนคงที่ (fixed cost) และต้นทุนจม (sunk cost) ในขณะที่ต้นทุนเฉลี่ย (average cost) จะต่ำที่สุดเมื่อใช้เครือข่ายร่วมกันเพียงเครือข่ายเดียว อุตสาหกรรมแบบเครือข่ายมิได้ทั้งประเภทที่เป็น "เครือข่ายจริงที่เป็นรูปธรรม" (Real network) อย่างเช่น เครือข่ายในอุตสาหกรรมโทรคมนาคม ไฟฟ้า ประปา ดังที่ได้ยกตัวอย่างข้างต้น และยังมีอุตสาหกรรมที่เป็น "เครือข่ายเสมือน" (Virtual network) ซึ่งเครือข่ายในประเภทนี้หมายถึงจำนวนผู้บริโภคสินค้าในมาตรฐานการเชื่อมต่อเดียวกัน เพราะในอุตสาหกรรมแบบเครือข่ายเสมือนนี้ยังมีผู้บริโภคนับล้านคนขึ้นคุณค่าของเครือข่ายสินค้า

นั้นก็ยิ่งเพิ่มมากขึ้นไปด้วย เช่น เครือข่ายของเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลที่ใช้ระบบฮาร์ดแวร์บนพื้นฐานซีพียูของบริษัทอินเทลฯ และใช้ระบบซอฟต์แวร์ปฏิบัติการวินโดวส์ของบริษัทไมโครซอฟท์ฯ เป็นต้น การผูกขาดเครือข่ายเพียงเครือข่ายเดียวเช่นนี้เกิดขึ้นจากการประหยัดต่อขนาดด้านอุปทานของตลาด (supply-side economies of scale) อันจะทำให้เกิด “การผูกขาดตามธรรมชาติ” ที่ขนาดของเครือข่ายที่มีขนาดใหญ่จะเกิดประโยชน์และประสิทธิภาพมากกว่าเครือข่ายขนาดเล็ก คุณค่าของสินค้าในอุตสาหกรรมประเภทนี้จึงขึ้นอยู่กับขนาดของเครือข่ายเป็นสำคัญยิ่ง เครือข่ายมีขนาดใหญ่เท่าไรก็ยิ่งเพิ่มคุณค่าของเครือข่ายในสายตาของผู้บริโภคให้มากขึ้นไปด้วย ดังนั้นสินค้าที่ใช้มาตรฐานการเชื่อมต่อและมาตรฐานความเข้ากันได้อย่างเดียวกันจึงถือได้ว่าเป็นสินค้าที่อยู่ในเครือข่ายเดียวกัน และเรียกสินค้านั้นว่า "สินค้าเครือข่าย" (Network product)

การผูกขาดโดยธรรมชาติอันเนื่องมาจากผลกระทบจากเครือข่าย (Network effect)

ขนาดของเครือข่ายในอุตสาหกรรมประเภทนี้มีผลต่อการแข่งขันในตลาดเพราะจะก่อให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดโดยธรรมชาติ\* ที่เรียกว่า "ผลกระทบจากเครือข่าย" (Network effect) โดยส่งผลออกเป็นสองประการจนสามารถกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ได้ คือ

- การประหยัดต่อขนาดในด้านอุปทาน (supply-side economies of scale)\*\* เนื่องจากการผลิตจำนวนมากทำให้มีต้นทุนเฉลี่ยลดลง ดังเช่นที่เกิดกับอุตสาหกรรมเครือข่ายที่เป็นรูปธรรมอย่างกิจการไฟฟ้า ประปาและโทรศัพท์ ต้นทุนเฉลี่ยจะถูกที่สุดเมื่อผลิตโดยผู้ประกอบการขนาดใหญ่เพียงรายเดียว สถานการณ์เช่นนี้จะเกิดขึ้นเมื่อการผลิตจำนวนมากมีผลทำให้ต้นทุนเฉลี่ยลดลง\*\*\* โดยเฉพาะกับทรัพย์สินทางปัญญาอย่างสิทธิบัตรที่อาจมีต้นทุนคงที่จำนวนมหาศาลจากการลงทุนวิจัยและพัฒนา แต่มีต้นทุนหน่วยสุดท้ายจากการทำซ้ำเพียงเล็กน้อย

- การประหยัดต่อขนาดในด้านอุปสงค์ (demand-side economies of scale)\*\*\*\* การขยายตัวของเครือข่ายให้มีขนาดใหญ่ขึ้นจะช่วยเพิ่มอุปสงค์ของผู้บริโภคที่มีต่อเครือข่ายนั้นให้มากขึ้น ผลกระทบในด้านผู้บริโภคนี้จะพบได้ในสินค้าและบริการที่ต้องใช้ร่วมกับสินค้าและบริการอื่น เช่น คงจะไม่มีผู้ใดที่จะขอติดตั้งเบอร์โทรศัพท์หากไม่มีผู้ใช้โทรศัพท์อื่นๆอยู่เลยหรือมีอยู่เพียงเล็กน้อย

\* ในขณะที่อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดอีกประเภทหนึ่งคือ อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดจากผลของกฎหมาย ซึ่งจะกล่าวถึงในลำดับต่อไป

\*\* หรืออาจเรียกได้ว่า ผลกระทบจากเครือข่ายโดยอ้อม (indirect network effect)

\*\*\* การผลิตจำนวนมากอาจทำให้เกิดผลได้สามลักษณะคือ ต้นทุนเฉลี่ยลดลง ต้นทุนเฉลี่ยเพิ่มขึ้น และต้นทุนเฉลี่ยคงที่ ดังนั้นการผลิตจำนวนมากจึงมิได้ก่อให้เกิดการประหยัดต่อขนาดเสมอไป

\*\*\*\* หรืออาจเรียกว่า ผลกระทบจากเครือข่ายโดยตรง (direct network effect) หรือ ผลกระทบต่อภายนอกของเครือข่าย (Network externality) ได้เช่นกัน

(เครือข่ายขนาดเล็กจึงมีคุณค่าในสายตาผู้บริโภคน้อย) แต่เมื่อมีจำนวนผู้ใช้โทรศัพท์มากขึ้น ประโยชน์ที่ผู้ใช้โทรศัพท์ได้รับคือสามารถใช้โทรศัพท์ติดต่อกับผู้อื่นๆ ได้มากขึ้น ขนาดของจำนวนผู้ใช้โทรศัพท์ที่มีมากขึ้นจึงมีผลต่อคุณค่าที่เพิ่มขึ้นของเครือข่ายโทรศัพท์ กล่าวคือ จำนวนของผู้บริโภคสินค้าในเครือข่ายเดียวกันมีผลต่อคุณค่าของสินค้าและเครือข่าย

ผลกระทบจากเครือข่ายยังอาจส่งผลในด้านอื่นอีกเช่น

- การเกิดผลตอบรับในเชิงบวก (positive feedback effect) ที่ตามมาภายหลังจากที่คุณค่าของเครือข่ายเพิ่มขึ้นทำให้เกิดความต้องการสินค้าในเครือข่ายเพิ่มเติมขึ้นไปด้วย ผู้ผลิตสินค้าจึงมีแรงจูงใจที่จะได้รับประโยชน์จากต้นทุนการผลิตต่อหน่วยที่ลดลงเพราะมีการผลิตในปริมาณมากให้ตัดสินใจเข้าร่วมในเครือข่ายที่มีขนาดใหญ่ ตัวอย่างเช่น เครื่องเล่นเกมคอมพิวเตอร์ที่เรียกกันว่า Video game console เมื่อระบบของเครื่องเล่นชนิดหนึ่งได้รับความนิยมมีจำนวนผู้ใช้มากขึ้นในตลาด ประโยชน์โดยอ้อมที่เกิดขึ้นก็คือ การจูงใจผู้พัฒนาเกมให้ออกมาผลิตเกมที่รองรับกับเครื่องเล่นมากขึ้นเพราะขนาดของผู้ครอบครองเครื่องเล่นที่มีจำนวนมากย่อมแสดงถึงความต้องการเกมที่รองรับจำนวนมากเช่นกัน การผลิตจำนวนมากก็ทำให้มีต้นทุนเฉลี่ยลดลง กล่าวคือ เมื่อเครือข่ายใดได้รับความนิยม ผู้ผลิตก็จะผลิตสินค้าที่ใช้สำหรับเครือข่ายนั้นมากขึ้นไปด้วย (และส่งผลย้อนกลับไปสู่อุปสงค์ของผู้บริโภคที่มีต่อเครือข่ายนั้นมากขึ้น)

- การคาดการณ์ของผู้บริโภค (expectations) ผู้บริโภคที่กำลังตัดสินใจเลือกสินค้าในอุตสาหกรรมแบบเครือข่าย การคาดการณ์ถึงอนาคตของเครือข่ายเป็นปัจจัยสำคัญต่อการตัดสินใจ เพราะขนาดของเครือข่ายที่มีขนาดใหญ่ (หรือมีจำนวนผู้ใช้งานสินค้าชนิดเดียวกันจำนวนมาก) ย่อมส่งผลต่อประโยชน์การใช้งานสินค้าที่เลือกซื้อต่อไป ดังเช่น หากผู้บริโภคคาดการณ์ว่าสินค้าชนิดนี้จะไม่ได้รับความนิยมในตลาดและอาจพ่ายแพ้ต่อสินค้าชนิดอื่นจนทำให้ถอยออกไปจากตลาดในที่สุด เช่นนี้ผู้บริโภคที่คาดการณ์เช่นว่าก็คงไม่เลือกซื้อสินค้าชนิดนั้นมาใช้เป็นแน่ ในทางตรงกันข้าม หากผู้บริโภคคาดการณ์ว่าสินค้าชนิดนี้จะได้รับความนิยมในตลาดเหนือกว่าคู่แข่งทั้งหมดก็จะทำให้ผู้บริโภคเกิดความมั่นใจและเลือกซื้อสินค้าชนิดนั้นแทนที่จะเลือกซื้อสินค้าอื่น

ผลของการคาดการณ์ถึงอนาคตของเครือข่ายดังกล่าวของผู้บริโภค ทำให้ผู้ประกอบการอาจพยายามชักจูงผู้บริโภคที่ขาดการรับรู้ข้อมูลที่ต้องการเพื่อสร้างความคาดการณ์ที่เป็นประโยชน์ต่อธุรกิจของตนเอง เช่นผู้ประกอบการอาจวาดอ้างเกินจริงเกี่ยวกับปริมาณผู้ใช้สินค้าที่มีในตลาดเพื่ออ้างความเป็นผู้นำในขนาดของเครือข่ายเหนือคู่แข่ง\* หรือผู้ผูกขาดอาจใช้การประกาศเปิดตัว

---

\* ตัวอย่างที่เกิดขึ้นจริง เช่น ในการแข่งขันระบบปฏิบัติการคอมพิวเตอร์ระหว่างระบบ OS/2 ของบริษัท IBM กับระบบ Windows ของบริษัท Microsoft ในปี ค.ศ.1992 ปรากฏว่าทั้งสองบริษัทต่างออกวาดอ้างถึงการได้รับความนิยมแพร่หลายของระบบของตน และต่างได้แย่งคัดค้านยอดขายโดยประมาณที่คู่แข่งอ้างไว้

สินค้าใหม่ทั้งที่ยังไม่สามารถออกขายได้จริงเพื่อเจตนาสกัดกั้นผู้บริโภครื้อหรือ และยังไม่ตัดสินใจเลือกสินค้าของกลุ่ม (pre-emptively announcing)

- การประสานงาน (coordination) การคาดการณ์ของผู้บริโภคถึงอนาคตของเครือข่ายข้างต้นเป็นเพียงการคาดเดาซึ่งอาจผิดพลาดไปจากความเป็นจริง แต่หากมีการประสานงานระหว่างผู้บริโภคเพื่อตัดสินใจเลือกเครือข่ายร่วมกันจะสามารถลดความเสี่ยงต่อการเลือกเครือข่ายที่ผิดพลาด (เช่น เครือข่ายที่มีขนาดเล็กมากหรือเครือข่ายที่หายไปจากตลาดในเวลาต่อมา) ทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์จากขนาดของเครือข่ายที่มีขนาดใหญ่และมั่นคง อย่างไรก็ตามจากจำนวนผู้บริโภคที่อาจมีเป็นจำนวนมากจะเป็นอุปสรรคต่อการประสานงานระหว่างผู้บริโภคที่ตัดสินใจเลือกเครือข่ายที่สอดคล้องต้องกันได้ยาก อีกทั้งค่าใช้จ่ายเพื่อการประสานงานที่สูงหรือความชอบความคิดเห็นที่แตกต่างกันของแต่ละบุคคลทำให้การพร้อมเพรียงกันตัดสินใจของผู้บริโภคเกิดขึ้นได้ยาก

แต่ในด้านของผู้ประกอบการอาจไม่เป็นเช่นนั้น หากบริษัทตกลงร่วมกันเพื่อใช้เครือข่ายร่วมกันจะทำให้เป็นการดึงดูดผู้บริโภคให้เข้าสู่เครือข่ายได้มากขึ้นเพราะผู้บริโภคคาดการณ์ถึงขนาดของเครือข่ายในอนาคตที่มีขนาดใหญ่กว่าจากการแสดงออกของถึงการสนับสนุนเครือข่ายร่วมกันของหลายบริษัท ความพร้อมเพรียงกันของฝ่ายผู้ประกอบการจึงเกิดขึ้นได้จากแรงจูงใจดังกล่าวและอาจถูกใช้เป็นกลยุทธ์ในการประกอบธุรกิจอย่างหนึ่ง

- ความเข้ากันได้ระหว่างสินค้า (compatibility) ความหมายโดยทั่วไป หมายถึงสินค้าสองชิ้นจะเข้ากันได้เมื่อการใช้งานสินค้าสองชิ้นนั้นสามารถทำงานร่วมกันโดยไม่มีค่าใช้จ่าย ความเข้ากันได้ระหว่างสินค้าสองชิ้นแสดงถึงว่าสินค้าสองชิ้นนั้นอยู่ในเครือข่ายเดียวกัน การใช้งานสินค้าชิ้นหนึ่งจึงสามารถส่งผลกระทบต่อประโยชน์ใช้สอยของสินค้าอีกชิ้นหนึ่งได้ หากผู้ประกอบการไม่มีการประสานงานกันล่วงหน้า ต่างฝ่ายต่างผลิตจะทำให้สินค้าที่แต่ละรายผลิตออกมาอาจเกิดปัญหาใช้งานร่วมกันไม่ได้สมบูรณ์และไม่ได้รับประโยชน์จากเครือข่าย แต่ในอีกด้านหนึ่งผู้บริโภคก็มีได้รับประโยชน์จากความเข้ากันได้นี้เสมอไป เพราะความเข้ากันได้สามารถส่งผลเป็นการจำกัดความหลากหลายของสินค้าและบางทีอาจจำกัดการพัฒนาสิ่งใหม่ๆ ในอนาคตไปด้วย

- การขยายตัวโดยผลของเครือข่าย (Tipping effect) เมื่อเครือข่ายสินค้าและการบริการใดขยายตัวจนมีขนาดใหญ่ถึงระดับหนึ่ง ประโยชน์จากขนาดของเครือข่ายทำให้ผู้บริโภคก็ถูกโน้มน้าวจูงใจและดึงดูดให้เลือกใช้สินค้าและบริการในเครือข่ายของสินค้าที่พวกเขาคาดหมายว่าจะมีขนาดใหญ่โตที่สุด เครือข่ายดังกล่าวจึงสามารถขยายขนาดทิ้งห่างจากคู่แข่งออกไปมากขึ้นเรื่อยๆ จนในท้ายที่สุดผู้ผูกขาดอาจจะได้ส่วนแบ่งตลาดไปจนเกือบทั้งหมด (winner-takes-all)

- การยึดติดกับเครือข่ายเดิม (lock-in phenomena) ทั้งผู้บริโภคและผู้ประกอบการต่างๆ อาจต้องประสบกับอุปสรรคเมื่อต้องการย้ายจากเครือข่ายหนึ่งไปสู่อีกเครือข่ายหนึ่ง อย่างเช่น ในบรรดาระบบปฏิบัติการคอมพิวเตอร์ที่มีอยู่หลากหลาย ไม่ว่าจะเป็น Windows, DOS, UNIX และ



Macintosh ผู้ใช้คอมพิวเตอร์อาจประสบปัญหาหากจำเป็นต้องเปลี่ยนไปใช้ระบบปฏิบัติการอื่น ผู้ใช้บางคนอาจมีปัญหากับการที่ต้องเรียนรู้คำสั่ง วิธีการที่ใช้งานใหม่ หรืออาจต้องเปลี่ยนอุปกรณ์ให้รองรับกับระบบปฏิบัติการใหม่ โปรแกรมเมอร์ก็ต้องพัฒนาโปรแกรมขึ้นใหม่เพื่อให้สามารถใช้งานกับระบบปฏิบัติการใหม่ได้เช่นกัน หรือกรณีผู้ดำเนินการสายการบินที่ต้องอาศัยการบริการและอะไหล่จากผู้ผลิตเครื่องบินโดยสาร การเปลี่ยนไปใช้เครื่องบินโดยสารของผู้ผลิตรายอื่นย่อมหมายถึงความจำเป็นต้องมีการเจรจาถึงการบริการและอะไหล่ใหม่ที่อาจส่งผลกระทบต่อการใช้งานและบริการและอะไหล่ไปด้วย สิ่งเหล่านี้เป็นอุปสรรคในการเปลี่ยนระบบของผู้บริโภคไม่ทำให้สามารถเปลี่ยนเครือข่ายได้โดยง่าย (Locked-in) ระดับความเข้มข้นของอุปสรรคในการเปลี่ยนระบบส่วนหนึ่งขึ้นอยู่กับค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการเปลี่ยนระบบไปสู่ระบบอื่น เพราะการเปลี่ยนโยกย้ายจากเครือข่ายเดิมไปสู่เครือข่ายใหม่นั้น มีอุปสรรคจากการที่ผู้ใช้ได้ลงทุนไปสำหรับการใช้เครือข่ายเดิม หากผู้ใช้ต้องการเปลี่ยนเครือข่ายใหม่ก็จะทำให้เกิดค่าใช้จ่ายสำหรับการลงทุนใหม่อีกครั้ง เรียกว่า "ต้นทุนที่เกิดจากการเปลี่ยนระบบ" (Switching costs)

Shapiro และ Varian (1999) ได้ยกตัวอย่างอุปสรรคในการเปลี่ยนระบบไว้ดังนี้

- สัญญา (Contracts) บางครั้งผู้บริโภคอาจผูกพันด้วยสัญญาต่างๆที่ทำไว้ เช่น การให้บริการ การสนับสนุนอะไหล่และการซื้อชิ้นส่วนอะไหล่ หากผู้บริโภคต้องการเปลี่ยนระบบภายในระยะเวลาที่สัญญามีผลบังคับอยู่ทำให้ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายด้วยเหตุการณ์ยกเลิกสัญญานั้น
- การฝึกอบรมและการเรียนรู้ (Training and learning) บุคลากรที่เคยได้รับการฝึกอบรมในการใช้งานสินค้าในระบบเดิม หากมีการเปลี่ยนแปลงระบบแล้วอาจจำเป็นต้องจัดการฝึกอบรมใหม่เพื่อให้เข้าใจระบบใหม่ ทำให้เกิดค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมบุคลากรใหม่และรวมถึงความเสียหายในการดำเนินการระหว่างการปรับตัวให้เข้ากับระบบใหม่ด้วย
- การปรับเปลี่ยนข้อมูลที่มีอยู่เดิมให้เข้ากับระบบใหม่ (Data conversion) ในกรณีของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การนำไฟล์ข้อมูลของโปรแกรมหนึ่งซึ่งจะถูกสร้างและบันทึกในรูปแบบเฉพาะ หากจะต้องเปลี่ยนระบบโดยใช้โปรแกรมอื่นแทนที่ ไฟล์ข้อมูลเดิมอาจจำเป็นต้องได้รับการแปลง (Convert) เพื่อให้สามารถใช้งานได้เสียก่อน หากมีข้อมูลอยู่เป็นจำนวนมาก เวลาและแรงงานที่เสียไปเพื่อแปลงข้อมูลนี้จึงเป็นต้นทุนจากการเปลี่ยนระบบอย่างหนึ่ง
- ค่าใช้จ่ายจากการค้นคว้าระบบใหม่ (Search cost) การจะเปลี่ยนแปลงระบบนั้นจะต้องใช้เวลาและค่าใช้จ่ายในการศึกษาค้นคว้าหาข้อมูลของระบบใหม่เพื่อการตัดสินใจ รวมไปถึงเวลาที่ใช้เพื่อการต้องสรรหาและเลือกซื้ออุปกรณ์ใหม่เพื่อใช้งานในระบบด้วย
- ต้นทุนจากความภักดีต่อระบบ (Loyalty cost) การเปลี่ยนระบบอาจส่งผลกระทบต่อความสูญเสียผลประโยชน์บางอย่างที่ได้รับจากระบบเดิม เช่น ลูกค้าที่เปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือการบริการรายอื่นต้องสูญเสียคะแนนสะสมที่มีอยู่กับผู้ผลิตหรือผู้ให้บริการเดิมไป เป็นต้น

ในอุตสาหกรรมแบบเครือข่าย เป็นการแข่งขันกันระหว่าง "ระบบ" (System) หรือเครือข่าย ไม่ใช่เพียงแค่สินค้าตัวใดตัวหนึ่ง ดังจะเห็นได้ว่า การที่ผู้บริโภคเลือกสินค้าที่ต้องใช้ควบคู่กับสินค้าอื่นๆ ย่อมต้องคำนึงถึงองค์ประกอบโดยรวมทั้งหมด มิใช่การพิจารณาที่ตัวสินค้าที่อยู่ตรงหน้าเท่านั้น ในตลาดสินค้าจำพวกนี้ จึงเป็นการที่ผู้บริโภคเลือก "ระบบ" (System) มิใช่เพียงตัวสินค้าตัวใดตัวหนึ่งใดๆ เช่น เครื่องคอมพิวเตอร์ย่อมไม่มีประโยชน์หากขาดจอแสดงผลหรือไม่มีโปรแกรมที่จะใช้งาน เครื่องเล่นซีดีก็ไม่มีประโยชน์หากขาดแผ่นซีดีเพลง กล้องถ่ายรูปที่ขาดฟิล์มหรือเลนส์ก็ไม่สามารถใช้งานได้ สายการบินจะไม่สามารถขายตั๋วโดยสารได้หากขาดการประสานกับฝ่ายรับจองตั๋วโดยสาร สินค้าและการบริการเหล่านี้แตกต่างจากสินค้าและการบริการที่สามารถบริโภคได้ใดๆ เช่น เราสามารถบริโภคขนมปังปอนด์ได้แม้จะขาดแยมหรือน้ำผลไม้สำหรับรับประทานพร้อมกันก็ตาม กล่าวคือ สินค้าและการบริการที่มีลักษณะเป็น "ระบบ" ก็คือ สินค้าและการบริการที่จำเป็นต้องบริโภคควบคู่ไปกับสินค้าหรือการบริการอื่นๆ (Complement product) นั่นเอง

จากลักษณะของความจำเป็นในการบริโภคสินค้าหรือการบริการควบคู่กันดังกล่าว ย่อมทำให้บรรดาผู้ผลิตต้องตั้งคำถามในทำนองว่า เขาจะได้ประโยชน์อย่างไร หากผลิตสินค้าของตนให้สามารถใช้งานร่วมกับสินค้าประเภทเดียวกันของกลุ่มแข่งขันได้ และหากจะทำเช่นนั้น ในทางเทคนิคแล้ว เขาจะสามารถผลิตสินค้าให้สามารถใช้งานกับสินค้าของกลุ่มแข่งขัน (Complement product) ได้อย่างไร คำตอบสำหรับคำถามแรกคือ ผู้ผลิตจะได้รับประโยชน์จากขนาดของเครือข่ายของกลุ่มแข่งขัน และคำตอบสำหรับคำถามที่สองคือ สินค้าของทั้งสองผู้ผลิตจะต้องมีความสามารถเข้ากันได้ (Compatible) เช่น แผ่นซีดีเพลงจะต้องผลิตตามข้อกำหนดเดียวกับที่เครื่องเล่นแผ่นซีดีใช้จึงจะสามารถเล่นด้วยกันได้ นั่นก็คือสินค้าและการบริการที่จะใช้งานร่วมกันได้ ต้องผลิตออกมาโดยใช้มาตรฐานเดียวกันนั่นเอง

ลักษณะของความจำเป็นต้องใช้มาตรฐานเดียวกันเช่นนี้ทำให้ผู้ผลิตสามารถขยายขนาดการผลิตสินค้าภายใต้มาตรฐานนั้นได้จนถึงระดับที่มีประสิทธิภาพจากการประหยัดต่อขนาด (economies of scale) เมื่อเปรียบเทียบกับผู้ผลิตสินค้าภายใต้มาตรฐานอื่นๆ ที่มีขนาดเล็กจำนวนมากนั้น ขนาดของการผลิตดังกล่าวจะทำให้ได้เปรียบในการแข่งขันและกีดขวางมาตรฐานอื่นๆ ไม่ให้เข้าสู่ตลาดโดยปริยาย เรียกว่า "การผูกขาดโดยธรรมชาติ" (Natural monopoly)

ผลก็คือ ในอุตสาหกรรมแบบเครือข่าย การเข้าสู่ตลาดอย่างเสรีของผู้แข่งขันไม่สามารถนำไปสู่การแข่งขันสมบูรณ์ได้ เพราะแม้จะมีผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดก็มิได้มีนัยสำคัญใน

---

\* เพราะประสิทธิภาพสูงสุดจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีระบบ (หรือเครือข่าย) เพียงหนึ่งเดียว การมีระบบขนาดเล็กๆ อยู่เป็นจำนวนมากที่ทับซ้อนกันอยู่อาจจะก่อให้เกิดปัญหาไม่สามารถใช้งานข้ามระบบกันได้และผู้ผลิตสินค้าอาจต้องทำการผลิตสินค้าชนิดเดียวกันแยกออกมาในแต่ละระบบ



การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของตลาดเดิม กล่าวคือแม้จะมีผู้แข่งขันในตลาดเพิ่มขึ้นก็ยากที่จะกระทบต่อส่วนแบ่งตลาด ราคาและกำไรของผู้ประกอบการเดิมที่ได้รับประโยชน์ของขนาดของเครือข่ายที่มีอยู่ แม้ว่าผู้ประกอบการเดิมนั้นจะมีได้กระทำการใดเพื่อจำกัดการแข่งขัน โดยไม่เป็นการแย่งชิงก็ตาม

โดยปกติ รัฐที่ใช้แนวความคิดของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม (Laissez –fair\*) ไม่ควรเข้าไปแทรกแซงการดำเนินธุรกิจของเอกชน แต่เนื่องจากตลาดที่มีการผูกขาดโดยธรรมชาติมีลักษณะพิเศษ คือในกรณีที่กลไกตลาดไม่สามารถดำเนินการเองได้อย่างมีประสิทธิภาพ หรือที่เรียกว่ามี “ความล้มเหลวของตลาด” (market failure) เกิดขึ้น ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้จากหลายสาเหตุ รวมไปถึงกิจการที่อาจก่อให้เกิดการผูกขาดโดยธรรมชาติ (Natural monopoly) ดังเช่นในกิจการสาธารณูปโภค อันได้แก่ กิจการสายส่ง สายจำหน่ายไฟฟ้า\*\* กิจการท่อส่งก๊าซธรรมชาติ กิจการรถไฟ สนามบิน ซึ่งหากดำเนินการได้สำเร็จแล้วก็จะเกิดการผูกขาดตามมาในที่สุด เมื่อตลาดล้มเหลว แนวทางหนึ่งในการแก้ไขก็คือการเข้าแทรกแซงของรัฐเพื่อทำหน้าที่ปกป้องผลประโยชน์ของผู้บริโภคทั้งในด้านราคาและคุณภาพ ไม่ให้ผู้ประกอบการที่ผูกขาดใช้อำนาจเหนือตลาดแสวงหาผลประโยชน์ โดยมีขอบ

ในอุตสาหกรรมแบบเครือข่ายที่เป็นกิจการประเภทสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่มีความจำเป็นต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมาก และมีผลกระทบต่อประชาชนจำนวนมาก เช่น กิจการรถไฟ ไฟฟ้า น้ำประปา โทรศัพท์ การสื่อสาร ไปรษณีย์ และรถประจำทาง แต่ภาครัฐมักจะใช้วิธีการเข้าไปดำเนินกิจการดังกล่าวด้วยตนเองในรูปแบบของรัฐวิสาหกิจต่างๆ เพื่อเป็นหลักประกันประสิทธิภาพการดำเนินการและควบคุมราคาไม่ให้เกิดการเอารัดเอาเปรียบจากภาคเอกชนที่จะมีอำนาจเหนือตลาดโดยสภาพของตลาดที่มีลักษณะผูกขาดตามธรรมชาติ แต่ต่อมาแนวความคิดดังกล่าวเริ่มเปลี่ยนแปลงไป ดังเห็นได้จากในช่วงระยะเวลา 20 ปีที่ผ่านมา ประเทศต่างๆ ในกลุ่มองค์การความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Cooperation and Development, OECD) ได้ให้ความสนใจในอุตสาหกรรมแบบเครือข่ายเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ หลาย

\* Laissez faire เป็นคำในภาษาฝรั่งเศส มีที่มาจากสุภาษิตที่ว่า "Laissez faire, laissez passer" ซึ่งแปลว่า "ปล่อยให้ทำไป ปล่อยให้ผ่านไป" อันหมายถึงต้องให้เอกชนมีเสรีภาพในการประกอบเศรษฐกิจทั้งปวงและพาณิชย์กรรมทั้งภายในและภายนอกประเทศต้องให้กระทำกันได้เต็มที่ และให้ยกเลิกอำนาจที่ปล่อยให้ผ่านโดยสะดวก

\*\* ตัวอย่างเช่น บริษัท ก.เป็นเจ้าของเสาไฟฟ้าและสายส่งไฟฟ้าทั่วประเทศไทย หากผู้บริโภคต้องการจะขอติดตั้งไฟใหม่ ต้นทุนของการเดินสายไฟของบริษัท ก. ที่มีอยู่ทั่วประเทศย่อมถูกกว่าของบริษัท ข. ที่ต้องเริ่มลงเสาไฟฟ้าและเดินสายใหม่ทั้งหมด ดังนั้นบริษัท ข. จึงอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบในการแข่งขัน

ประเทศได้ปฏิรูปการกำกับดูแล (Regulatory reform) อุตสาหกรรมแบบเครือข่ายเสียใหม่<sup>2</sup> เช่น การลดบทบาทของภาครัฐในฐานะที่เป็นเจ้าของกิจการดำเนินธุรกิจขายสินค้าและให้บริการด้านต่างๆ ลง และปรับปรุงการกำกับดูแลกิจการที่ผูกขาดโดยธรรมชาติเพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันในตลาด โดยยังคงไว้ซึ่งจุดมุ่งหมายหลักแต่เดิม คือ เพื่อประโยชน์ต่อสาธารณะชน และเพื่อเป็นการลดต้นทุน เพิ่มความผาสุกให้แก่ผู้บริโภค และกระตุ้นให้ผู้ผลิตมีการปรับปรุงและพัฒนาให้ดียิ่งขึ้น ในอุตสาหกรรมแบบเครือข่าย การปฏิรูปมีอยู่สามมิติด้วยกัน คือ

1. เสรีภาพในการเข้าสู่ตลาด จากเดิมที่ถูกจำกัดด้วยผลของกฎหมายและกฎเกณฑ์การควบคุมที่เป็นอุปสรรค ซึ่งนำไปสู่การที่รัฐเข้าไปดำเนินกิจการด้วยตนเอง โดยมีการเปลี่ยนแปลงให้เกิดเสรีภาพในการเข้าสู่ตลาดใน "ส่วนที่สามารถมีการแข่งขันได้" เป็นสำคัญด้วยการลดกฎเกณฑ์ที่เป็นอุปสรรคลงให้เหลือน้อยที่สุด

2. ลดทอนค่าใช้จ่ายของรัฐลง โดยการแปรรูปรัฐวิสาหกิจให้กลายเป็นของภาคเอกชน

3. ปรับปรุงวิธีการกำกับดูแลใหม่ โดยลดการกำกับดูแลในส่วนที่ไม่จำเป็นลง (ส่วนที่โดยสภาพสามารถมีการแข่งขันได้) และให้ความสำคัญไปที่การกำกับดูแลในส่วนที่ไม่อาจละเลยได้ เพราะในอุตสาหกรรมแบบเครือข่ายมีบางส่วนที่มีลักษณะเป็น "ส่วนที่ไม่สามารถมีการแข่งขันได้" เช่น สายสัญญาณโทรศัพท์ สายส่งจัดจำหน่ายไฟฟ้าและรางรถไฟ เป็นต้น ซึ่งล้วนแล้วแต่มีลักษณะของการประหยัดต่อขนาดที่จะก่อให้เกิดการผูกขาดโดยธรรมชาติและมักจะมีผลกระทบต่อภายนอกของเครือข่าย (Network externality) เข้ามาเกี่ยวข้อง

ผลจากการปฏิรูปการกำกับดูแลของประเทศสมาชิก OECD ส่วนใหญ่ด้วยการลดการกำกับดูแลในส่วนที่ไม่จำเป็นและปรับปรุงในส่วนที่จำเป็นให้มีคุณภาพและประสิทธิภาพที่สูงขึ้น ในรายงานของ OECD ได้สรุปว่าให้ผลเป็นที่น่าพอใจคือ ประสิทธิภาพในการผลิตสูงขึ้น เพิ่มทางเลือกให้แก่ผู้บริโภค ในขณะที่ราคาถูกลงกว่าเดิม

ในส่วนของอุตสาหกรรมแบบเครือข่ายที่ไม่ใช่กิจการประเภทสาธารณูปโภค การเข้าแทรกแซงของรัฐเพื่อรักษาประโยชน์ของสาธารณะชนจึงกระทำโดยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าด้วยวิธีการต่างๆ เพื่อให้เกิดการแข่งขันในส่วนที่สามารถมีการแข่งขันได้ และควบคุมพฤติกรรมของผู้ผูกขาดในส่วนที่ไม่สามารถมีการแข่งขันได้ มิให้ใช้อำนาจเหนือตลาดแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ

<sup>2</sup> OECD Economic outlook 67, "Regulatory reform in network industries: Past experience and current issues".

เนื่องจากมาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้มีความสำคัญและสามารถส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด สามารถเอื้อประโยชน์แก่ผู้ผลิตบางรายและกีดกันผู้ผลิตรายใหม่ได้ จึงเกิดคำถามที่ว่า ใครควรจะเป็นผู้กำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้นี้ได้บ้าง

มาตรฐานสามารถเกิดขึ้นได้ในหลายรูปแบบ โดยเราอาจจำแนกมาตรฐานตามลักษณะของที่มา ได้ 3 ลักษณะ คือ

1. มาตรฐานโดยพฤตินัย (De facto standard)
2. มาตรฐานโดยนิตินัย (De jure standard)
3. มาตรฐานโดยการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบการ (Consensus standard หรือ บางครั้งก็เรียกว่า Consortium standard)

1. มาตรฐานโดยพฤตินัย\* (De facto standard) มาตรฐานรูปแบบนี้เกิดจากความสำเร็จในการทำตลาดของผู้ประกอบการสินค้าหนึ่ง และได้รับความนิยอย่างกว้างขวางในตลาดจนสินค้านั้นกลายเป็นมาตรฐานที่ผู้ประกอบการอื่นมักจะเลือกทำตาม (ซึ่งมาตรฐานโดยพฤตินัยจะพบได้ในอุตสาหกรรมที่มีผลกระทบจากเครือข่ายที่ผลักดันให้ผู้ชนะการแข่งขันในท้ายสุดได้เป็นมาตรฐานของตลาด) กล่าวคือ ตลาดเป็นผู้คัดเลือกมาตรฐานขึ้นเองโดยมิได้มีการจัดตั้งเป็นมาตรฐานอย่างเป็นทางการจากองค์กรใดๆ ตัวอย่างของมาตรฐานโดยพฤตินัย เช่น ระบบปฏิบัติการ Windows ระบบเครื่องเล่นและบันทึกเทปวีดีโอ VHS และคีย์บอร์ดแบบ QWERTY เป็นต้น

2. มาตรฐานโดยนิตินัย (De jure standard) มาตรฐานรูปแบบนี้มีที่มาตรงกันข้ามกับรูปแบบแรก กล่าวคือ ตลาดมิได้เป็นผู้คัดเลือกและสร้างให้เกิดมาตรฐานอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดในตลาดตามมาตรฐานตามความเป็นจริง แต่มาตรฐานรูปแบบนี้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อให้เป็นมาตรฐานโดยตรง โดยองค์กรที่เป็นทำหน้าที่ผู้กำหนดมาตรฐานโดยเฉพาะ (standards organization) เพื่อประโยชน์ของสาธารณะจากการมีมาตรฐานอุตสาหกรรมที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง การกำหนดมาตรฐานในลักษณะนี้ เรียกว่า “การกำหนดมาตรฐานโดยองค์กรกำหนดมาตรฐานอย่างเป็นทางการ” (formal standard organization) ซึ่งมีได้หลายรูปแบบ ทั้งที่ถูกกำหนดโดยหน่วยงานหรือองค์กรที่ทำหน้าที่ในการกำหนดมาตรฐานอย่างเป็นทางการในระดับระหว่างประเทศ ดังยกตัวอย่าง เช่น

- The International Organization for Standardization (ISO) เป็นองค์กรมาตรฐานสากลที่มีบทบาทเป็นผู้กำหนดมาตรฐานหลักในระดับระหว่างประเทศ ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1946 ปัจจุบันมีมาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้นมากกว่า 12,000 มาตรฐาน มีสมาชิกมากกว่า 82 อุตสาหกรรมนานาชาติ มี

---

\* หรืออาจเรียกได้ว่าเป็นมาตรฐานตามความนิยม

วัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนการกำหนดมาตรฐานระหว่างประเทศ โดยสมาชิกสามารถเป็นผู้ตั้งข้อเสนอ จากนั้น ISO จะทำหน้าที่นำข้อเสนอดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการมาตรฐานเพื่อหาข้อสรุป

หรือองค์กรที่มีหน้าที่กำหนดมาตรฐานเพื่อใช้ในอุตสาหกรรมประเภทใดประเภทหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างเป็นทางการ เช่น International Electrotechnical Commission (IEC) ที่เป็นผู้กำหนดมาตรฐานสำหรับอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์

- The International Telecommunication Union (ITU) เป็นองค์กรกำหนดมาตรฐานที่เกี่ยวข้องการสื่อสารโทรคมนาคม และมีภาระหน้าที่ให้คำปรึกษาทางเทคนิคเกี่ยวกับเทคโนโลยีโทรศัพท์ โทรเลข และอุปกรณ์สื่อสารข้อมูล โดยจะศึกษาทั้งทางด้านเทคนิคและการปฏิบัติงาน แต่เดิมเมื่อก่อตั้งในปี ค.ศ.1970 ใช้ชื่อว่า Consultative Committee for International Telephone and Telegraph หรือ CCITT และเปลี่ยนมาเป็น ITU เมื่อวันที่ 1 มีนาคม ปี ค.ศ.1993

- องค์กรที่มีความชำนาญเฉพาะด้าน เช่น สถาบันวิศวกรไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (Institute of Electrical and Electronics Engineers - IEEE) เป็นองค์กรขนาดใหญ่ที่มีความเชี่ยวชาญด้านวิศวกรรม ทำหน้าที่การพัฒนาและกำหนดมาตรฐานในอุตสาหกรรมไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีจุดมุ่งหมายในการกำหนดทฤษฎี การสร้าง และตัวผลิตภัณฑ์ที่มีคุณภาพทางวิศวกรรมอิเล็กทรอนิกส์

- American National Standards Institute (ANSI) เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยไม่แสวงผลกำไรทางธุรกิจ ทำหน้าที่ประสานงานระหว่างองค์กรกำหนดมาตรฐานอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็น ISO และ ITU มีสมาชิกมาจากหลายส่วน เช่น ภาคอุตสาหกรรม หน่วยงานของรัฐ ภาคการศึกษา หน่วยงานวิจัย และกลุ่มผู้บริโภค โดย ANSI จะทำหน้าที่วิเคราะห์เพื่อหาข้อสรุปและกำหนดให้เป็นมาตรฐานใหม่ แจกจ่ายให้สมาชิกทราบและนำไปใช้

องค์กรกำหนดมาตรฐานที่อยู่ในรูปของหน่วยงานของรัฐ เช่น The National Institute of Standards and Technology (NIST) และ Federal Communication Commission (FCC) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่มีขึ้นเพื่อบังคับใช้ที่มุ่งในการป้องกันเป็นสำคัญกับเทคโนโลยีการสื่อสาร ที่จะต้องได้รับการรับรองจาก FCC เสียก่อน

สำหรับในประเทศไทยสำนักงานมาตรฐานอุตสาหกรรม (สมอ.) มีฐานะเป็นสถาบันมาตรฐานแห่งชาติ เป็นผู้รับผิดชอบด้านการกำหนดมาตรฐานและรับรองคุณภาพผลิตภัณฑ์

มาตรฐานโดยนิตินัยยังสามารถแบ่งย่อยออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

- มาตรฐานโดยบังคับ (Mandatory de jure standard) เช่น มาตรฐานการปล่อยมลภาวะของเครื่องยนต์ ที่ถูกกำหนดโดยองค์กรกำหนดมาตรฐานซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ เป็นมาตรฐานที่มีสภาพบังคับตามกฎหมาย (sanction) ได้ภายในเขตอำนาจรัฐของหน่วยงานที่ออกมาตรฐานใช้บังคับ



- มาตรฐานโดยสมัครใจ (Voluntary de jure standard) ซึ่งเป็นมาตรฐานโดยนิตินัย ส่วนใหญ่ ผู้ที่เกี่ยวข้องไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายต้องปฏิบัติตาม แต่ขึ้นอยู่กับความสมัครใจนำไปปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม แม้มาตรฐานประเภทนี้จะไม่มีสภาพบังคับอย่างกฎหมายให้ต้องปฏิบัติตาม แต่ด้วยความเชื่อถือของตลาดที่มีต่อมาตรฐานที่กำหนดโดยองค์กรอย่างเป็นทางการ ก็มีผลทำให้ผู้ประกอบการจำนวนมากให้การยอมรับมาตรฐานไปใช้ปฏิบัติ เพื่อให้สินค้าที่ผลิตได้รับความเชื่อถือจากตลาดด้วยความสมัครใจ ดังเช่น มาตรฐานที่ถูกกำหนดจากองค์กรกำหนดมาตรฐานอย่างเป็นทางการอย่าง ANSI ซึ่งถือเป็นองค์กรที่มีอิทธิพลในอุตสาหกรรมต่างๆ ในสหรัฐฯ สูงมาก (และอาจจะมียุทธศาสตร์ไปถึงนอกอาณาเขตของสหรัฐฯ ด้วยซ้ำไป) มาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้นจึงเป็นที่เชื่อถือและรับไปปฏิบัติเป็นการทั่วไปในอุตสาหกรรมต่างๆ

3. มาตรฐานโดยการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบการ\* (Consensus standard) เป็นมาตรฐานที่เกิดจากบรรดาผู้ประกอบการในตลาดทำความตกลงร่วมกันกำหนดและใช้รูปแบบอย่างเดียวกัน ในการผลิตสินค้าขึ้นมาใช้ร่วมกัน หรือเรียกว่าเป็น “องค์กรกำหนดมาตรฐานอย่างไม่เป็นทางการ” (informal standard organization) หรือบางครั้งก็ถูกเรียกว่า “การกำหนดมาตรฐานโดยเอกชน” (private standard setting) ผู้ร่วมกันกำหนดมาตรฐานรูปแบบนี้อาจจะเป็นเพียงผู้ประกอบการไม่กี่รายรวมตัวกันเพื่อตกลงใช้ข้อกำหนดมาตรฐานเดียวกันไปจนถึงเป็นกลุ่มผู้ประกอบการขนาดใหญ่ที่มีสมาชิกนับร้อยบริษัท การกำหนดมาตรฐานจะเป็นไปโดยความสมัครใจ (voluntary) และความเห็นพ้องต้องกัน (consensus) ของสมาชิกซึ่งเป็นผู้ประกอบการ กล่าวคือเป็นข้อกำหนดมาตรฐานที่ได้รับเสียงเห็นชอบข้างมากพิเศษ (supramajority) และไม่มีความเห็นคัดค้านจากสมาชิก (หรือต้องการมติเป็นเอกฉันท์ (absolute consensus) ในบางกลุ่ม) เพื่อให้มั่นใจว่าจะได้มาตรฐานที่ดีและสมบูรณ์จากผู้ที่มีความรู้ความชำนาญ

การร่วมมือกำหนดมาตรฐานโดยผู้ประกอบการมีได้หลายรูปแบบ เช่น ในรูปของสมาคมการค้า (trade association) กิจการร่วมค้า (joint venture) พันธมิตรทางธุรกิจ (alliance) หรือจะเป็นองค์กรพัฒนามาตรฐาน (standard developing organization: SDO) ที่มีกระบวนการคัดเลือก การวางแผนการพัฒนา การแก้ไขปัญหาทางเทคนิคและการลงมติในรูปแบบขององค์กรคล้ายกับการ

---

\* ในบางบทความซึ่งแบ่งมาตรฐานออกเป็น 2 ประเภท คือ De facto และ De jure นั้น จะพบว่ามีการจัดประเภทมาตรฐานประเภทนี้ที่มีความเห็นไม่ตรงกัน เนื่องจากที่มาของมาตรฐานรูปแบบนี้มีลักษณะผสมผสานระหว่างมาตรฐานโดยนิตินัยและมาตรฐานโดยพฤตินัย กล่าวคือการคัดเลือกมาตรฐานโดยผู้ประกอบการที่มีบทบาทในฐานะสมาชิกขององค์กรที่มีสิทธิออกเสียงเลือกมาตรฐานได้เอง โดยที่ไม่ต้องรอตลาดเป็นผู้คัดเลือก บางท่านจึงจัดมาตรฐานลักษณะเช่นนี้เป็นมาตรฐานแบบ de jure ในขณะที่บางท่านซึ่งมองว่าข้อกำหนดที่ถูกกำหนดขึ้นจะยังไม่มาตรฐานที่แท้จริงจนกว่าตลาดให้การยอมรับ ดังนั้นจึงจัดมาตรฐานรูปแบบนี้เป็นมาตรฐานแบบ de facto ส่วนผู้วิจัยได้แยกมาตรฐานประเภทนี้ออกมาเป็นอีกรูปแบบต่างหาก เพราะเห็นว่าหากจะจัดให้เข้าประเภทใดประเภทหนึ่งได้ไม่ชัดเจนนัก และในหลายบทความได้จัดแบ่งออกเป็น 3 ประเภทเช่นเดียวกัน

กำหนดมาตรฐานโดยนิติบัญญัติขององค์การมาตรฐานอย่างเป็นทางการ เพียงแต่ผู้มีสิทธิออกเสียงมีที่มาจากผู้ประกอบการหรือกลุ่มของผู้ประกอบการในตลาดเช่นเดียวกับมาตรฐานโดยพฤตินัย และไม่ว่าอยู่ในรูปแบบใดก็มีจุดมุ่งหมายอย่างเดียวกันคือ เพื่อวางมาตรฐานของเทคโนโลยี (standardization of technology)

#### ลักษณะการแข่งขันของผู้ประกอบการในตลาดแบบเครือข่าย

ในอุตสาหกรรมที่มีลักษณะของเครือข่าย รูปแบบของการแข่งขันจะเกี่ยวข้องกับความสามารถทำงานร่วมกันได้ (compatibility) เป็นสำคัญ เพราะสิ่งนี้แสดงถึงขนาดและจำนวนของเครือข่ายที่มีอยู่ในอุตสาหกรรมนั้นๆ การที่สินค้าสองชิ้นสามารถทำงานร่วมกันได้อย่างสมบูรณ์แสดงถึงว่าสินค้าสองชิ้นนั้นอยู่ในเครือข่ายเดียวกันและได้รับประโยชน์จากขนาดของเครือข่ายเดียวกัน ความสามารถของผู้ประกอบการที่ผลิตสินค้าให้ทำงานร่วมกับสินค้าอื่นในตลาดได้จึงย่อมส่งผลกระทบต่อคุณค่าของตัวสินค้านั้นหรือบางครั้งอาจแสดงถึงโอกาสอยู่รอดในทางธุรกิจของสินค้าชิ้นนั้นที่เดียว ความสามารถทำงานร่วมกันได้จึงสามารถเป็นที่มาของความได้เปรียบในการแข่งขันที่น่าเกรงขาม ในทางตรงกันข้ามการไม่สามารถทำงานร่วมกับสินค้าอื่นในตลาดได้ก็สามารสร้างอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดที่ร้ายกาจได้เช่นกัน

ในอดีต สมัยที่บริษัท Borland เปิดตัวโปรแกรมสเปตชีทที่มีชื่อว่า "Quattro Pro" ในช่วงปี ค.ศ.1980 บริษัท Borland พยายามทำให้ Quattro Pro สามารถทำงานร่วมกับ โปรแกรม Lotus 1-2-3 ซึ่งเป็นโปรแกรมที่ผูกขาดตลาดในขณะนั้น ในกรณีนี้มีประเด็นของความสามารถทำงานร่วมกันได้ 2 ประการ คือ Borland ต้องการทำให้ผู้ใช้งานโปรแกรม Lotus 1-2-3 สามารถเรียนรู้วิธีการใช้ Quattro Pro ได้โดยง่าย เรียกว่า "user compatibility" และ Borland ก็ต้องการให้ข้อมูลงานสามารถถูกถ่ายโอนระหว่าง Quattro Pro และ Lotus 1-2-3 ได้โดยง่ายเช่นกัน เรียกว่า "file compatibility" สิ่งเหล่านี้แสดงให้เห็นได้ว่า Borland ต้องการเข้าสู่เครือข่ายของโปรแกรม Lotus 1-2-3 (หรือก็คือฐานผู้ใช้งานโปรแกรม Lotus 1-2-3 นั่นเอง) เพื่อแย่งส่วนแบ่งในตลาดโปรแกรมสเปตชีทและ Borland ก็ทำสำเร็จเมื่อ โปรแกรม Lotus 1-2-3 เสียส่วนแบ่งในตลาดให้กับ Quattro Pro มากขึ้นเรื่อยๆ

จากตัวอย่างข้างต้นทำให้เห็นได้ว่า การแข่งขันในอุตสาหกรรมแบบเครือข่ายจะเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมการแข่งขันของผู้ประกอบการใน 3 รูปแบบ คือ

- 1) การเข้าร่วมในเครือข่ายที่มีอยู่เดิม (to join existing networks)
- 2) การรักษาเครือข่ายที่มีอยู่ของตนเอง (to protect established networks) และ
- 3) การสร้างเครือข่ายใหม่ของตนเองขึ้นมาเอง (to establish new networks)



เป็นธรรมดาที่ผู้ที่ผูกขาดในเครือข่ายเดิมมักมีพฤติกรรมกีดกันคู่แข่งไม่ให้เข้าสู่เครือข่ายของตนเพื่อรักษาส่วนแบ่งตลาดและผลตอบแทนของตนเอง\* ในขณะที่ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งรายใหม่ก็พยายามเข้าร่วมในเครือข่ายเดิมเพื่อประโยชน์จากผลกระทบของเครือข่าย (เว้นแต่คู่แข่งรายใหม่นั้นจะสามารถเสนอเทคโนโลยีที่ล้ำหน้า\*\* เหนือกว่าที่มีในปัจจุบันอย่างมากจนสร้างเครือข่ายใหม่ของตนเองขึ้นได้) ทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นเครื่องมือสำคัญที่ผู้ประกอบการใช้เพื่อปกป้องเครือข่ายของตนจากคู่แข่ง\*\*\* หากผู้ประกอบการรายใหม่ไม่สามารถเข้าร่วมในเครือข่ายที่มีอยู่เดิมได้สำเร็จ หรือในตลาดขณะนั้นยังไม่ปรากฏเครือข่ายที่มีขนาดใหญ่พอจะผูกขาดได้สำเร็จ หรือตลาดที่อยู่ในช่วงของการเปลี่ยนแปลงไปสู่เทคโนโลยีใหม่ที่สูงกว่าอันเป็นโอกาสให้ผู้ประกอบการอื่นสร้างเครือข่ายใหม่ขึ้นมาทดแทนเครือข่ายเดิม ล้วนแต่เป็นสาเหตุให้ผู้ประกอบการต้องพยายามสร้างเครือข่ายขึ้นมาด้วยตนเอง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าความเข้ากันได้เป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้สินค้าจากผู้ผลิตอยู่ร่วมกันในเครือข่ายเดียวกัน ดังนั้นมาตรฐานที่กำหนดเงื่อนไขที่ทำให้สินค้าสามารถเชื่อมต่อและทำงานร่วมกันได้จึงเป็นสิ่งที่แสดงถึงว่าผู้ประกอบการที่ผลิตสินค้าชิ้นหนึ่งๆนั้นอยู่ในเครือข่ายใดในตลาดนั่นเอง

\* การเข้าถึงมาตรฐานการเชื่อมต่อฯ แบ่งได้เป็น 2 แบบหลักๆ คือ

มาตรฐานแบบปิด (Closed standard) คือ มาตรฐานที่ประกอบไปด้วยเทคโนโลยีที่จำเป็นซึ่งได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงสามารถหวงกั้นผู้อื่นไม่ให้หันมาเทคโนโลยีของตนไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต มีผลทำให้ผู้อื่นไม่สามารถเข้าถึงมาตรฐานนั้นได้หากไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิเสียก่อน บางครั้งอาจถูกเรียกว่า Sponsored standard หรือ Proprietary standard ซึ่งแสดงถึงว่าผู้ที่มีสิทธิใช้มาตรฐานนั้นก็คือผู้ที่เป็นเจ้าของสิทธิในมาตรฐานเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีทรัพย์สินทางปัญญาที่มีระดับความคุ้มครองสูงอย่างสิทธิบัตร ดังนั้นการเลือกมาตรฐานกลางที่เป็นมาตรฐานแบบปิดจะไม่ขึ้นอยู่แค่เพียงความต้องการของผู้บริโภคเพียงอย่างเดียว แต่จะมียุทธศาสตร์การแข่งขันของผู้เป็นเจ้าของสิทธิในมาตรฐานแบบปิดที่มีแรงกระตุ้นเพื่อการหากำไรจากการได้เป็นมาตรฐานกลางเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น อาจมีการใช้กลยุทธ์ด้านราคาเพื่อจูงใจผู้บริโภคให้เลือกระบบของตนให้เป็นที่แพร่หลาย เป็นต้น

มาตรฐานแบบเปิด (Open standard) คือ มาตรฐานที่เปิดโอกาสให้ทุกฝ่ายที่สนใจสามารถนำมาตรฐานไปใช้ได้ โดยไม่ปิดกั้น ทั้งนี้ไม่ว่านำไปใช้โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน หรือต้องเสียค่าตอบแทนตามสมควร (บางครั้งอาจถูกเรียกว่า Un-sponsored standard หรือ Non-Proprietary standard)

\*\* ระดับของเทคโนโลยีที่มีผลต่อการแข่งขันในอุตสาหกรรมเครือข่ายโปรดดูรายละเอียดในบทที่ 2 ซึ่งจะแบ่งออกเป็นเทคโนโลยีที่ปรับปรุงให้ดีขึ้น (incremental innovation) และ เทคโนโลยีที่เป็นการปฏิวัติทางเทคโนโลยี (radical innovation)

\*\*\* โปรดดูการปกป้องเครือข่ายของผู้มีอำนาจตลาดด้วยสิทธิเด็ดขาดในสิทธิบัตร เปรียบเทียบกับเครือข่ายที่เป็นรูปธรรมของผู้มีอำนาจตลาดว่ามีผลแตกต่างกันอย่างไรในประเทศสหรัฐอเมริกาในบทที่ 3 และผลตามกฎหมายของไทยในบทที่ 4

การกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้เพื่อสร้างเครือข่ายขึ้นมาใหม่  
 สินค้าที่ใช้มาตรฐานการเชื่อมต่ออย่างเดียวกันจะสามารถทำงานร่วมกันหรือทดแทนกัน  
 ได้และทำให้เกิดเป็นเครือข่ายเสมือน (virtual network) ขึ้น มาตรฐานการเชื่อมต่อที่จะสร้าง  
 เครือข่ายเสมือนนี้สามารถเกิดขึ้นได้หลายวิธี ได้แก่

1) เครือข่ายใหม่ที่เกิดจากการแข่งขันจนกลายเป็นมาตรฐานโดยพฤตินัย (de facto standard)

ในระยะแรก ตลาดอาจมีสินค้าจากหลากหลายผู้ผลิตและไม่สามารถทำงานร่วมกันได้  
 ดังนั้นจึงมักจะเกิดการแข่งขันกันระหว่าง "ระบบ" ที่มาจากหลายผู้ประกอบการ ผู้ประกอบการ  
 จำนวนมากมีแรงจูงใจที่ต้องการเป็นผู้กำหนดมาตรฐาน (standard setter) เพื่อสร้างเครือข่ายของ  
 ตนเองขึ้นในตลาด การแข่งขันกันในระยะนี้จึงมักเป็นไปอย่างรุนแรงเพื่อพยายามแย่งชิงส่วนแบ่ง  
 ตลาด ในอดีตก็เคยมีการแข่งขันระหว่างระบบที่รุนแรงและยาวนานจนถูกเรียกว่าเป็น "สงคราม  
 ฟอรัแมท\*" (format war) เลยทีเดียว ในช่วงนี้ผู้ประกอบการอาจใช้วิธีการต่างๆ เพื่อสร้างฐานผู้ใช้  
 ให้ขยายตัวอย่างรวดเร็ว เช่น การยอมกำหนดราคาขายสินค้าให้ต่ำกว่าคู่แข่ง การอวดอ้าง  
 สรรพคุณจนเกินจริง การจูงใจผู้จัดจำหน่ายด้วยการให้ค่าตอบแทนพิเศษ

ผลจากการแข่งขันอาจเหลือผู้ชนะในตลาดเพียงหนึ่งหรือสองราย (เนื่องจากผู้บริโภค  
 ต้องการการประหยัดต่อขนาดในด้านอุปสงค์ซึ่งเครือข่ายต้องมีขนาดใหญ่พอสมควร) ในกรณีที่  
 เหลือผู้แข่งขันมากกว่าหนึ่งราย จะทำให้เกิดมาตรฐานที่แตกแยก (fragmented standards) ซึ่งไม่  
 สามารถทำงานร่วมกันได้ และไม่สามารถได้รับประโยชน์จากการประหยัดต่อขนาดทั้งด้านอุปสงค์  
 และด้านอุปทานได้เต็มที่

หากผลของการแข่งขันทำให้เหลือผู้ชนะเพียงรายเดียวเพราะเกิด Tipping effect  
 ผู้ประกอบการรายอื่นออกจากตลาดไปทั้งหมด ผู้ที่ชนะจะได้ส่วนแบ่งตลาดเกือบทั้งหมดเรียกว่า  
 "Winner-Takes-All" ในขณะที่ผู้แพ้ก็สูญเสียส่วนแบ่งตลาดไปเกือบทั้งหมดเช่นกัน (All or nothing)

Randal C. Picker (2002) ได้แสดงตัวอย่างสมมุติเพื่อให้เห็นถึงความสูญเสียของสังคมจาก  
 สถานการณ์ Winner-Takes-All<sup>3</sup> ที่มีผู้ประกอบการจำนวนมากทำการแข่งขันกัน เพื่อพยายามจะเป็น  
 standard setter ไว้ ดังนี้

สมมุติให้มีส่วนทางเศรษฐกิจอยู่ 2 ส่วน มีผู้ประกอบการรวมกันทั้งหมด 500 ราย  
 ในส่วนที่หนึ่ง ทุกคนจะมีรายได้คนละ 10 เหรียญ

\* ตัวอย่างที่มีชื่อเสียงของการแข่งขันกันอย่างรุนแรงในอดีตก็คือ การแข่งขันกันระหว่างระบบวีดีโอเทป  
 Batamax และ VHS. ที่มีผลต่อผู้ประกอบการในการร่วมกันกำหนดมาตรฐาน DVD ในปัจจุบัน

<sup>3</sup> Randal C. Picker, เอกสารประกอบการสอนเรื่อง "Network industries", 2002

ในส่วนที่สอง จะมีเพียงหนึ่งคนมีรายได้ถึง 1,000 เหรียญ ขณะที่คนที่เหลือจะไม่ได้อะไรเลย ซึ่งโอกาสเป็นผู้ชนะมี 1 คนจากผู้ประกอบการทั้งหมดในส่วนที่สอง (Winner-Takes-All sector)

ดังนั้น ผลลัพธ์ที่สังคมต้องการ คือ ในส่วนที่หนึ่ง ให้มีผู้ประกอบการ 499 คน และส่วนที่สองมีผู้ประกอบการเพียง 1 คน ซึ่งจะทำให้ได้รายได้มวลรวม (GDP) เท่ากับ

ส่วนที่หนึ่ง มีผู้ประกอบการ 499 คน มีรายได้คนละ 10 เหรียญ เท่ากับ 4,990 เหรียญ

ส่วนที่สอง มีผู้ประกอบการ 1 คน มีรายได้ 1,000 เหรียญ เท่ากับ 1,000 เหรียญ

GDP ได้เท่ากับ  $4990+1000 = 5990$  เหรียญ ซึ่งเหมาะสมและเป็นประโยชน์แก่สังคมได้มากที่สุด

แต่ในความเป็นจริง สิ่งที่สังคมได้รับอาจไม่ใช่จุดเหมาะสมที่สุด เพราะผู้ประกอบการย่อมมีแรงจูงใจอยากได้รับผลตอบแทนที่มากที่สุด ดังนั้นจึงอาจพากันเข้าสู่ในส่วนที่สอง จนถึงจุดที่ผลตอบแทนที่คาดการณ์จะเท่ากับ 10 เหรียญ ดังนั้น จะมีคน 100 คน ( $1000/10=100$  คน) ทำการแข่งขันกันในส่วนที่สอง และเหลือผู้ประกอบการในส่วนที่หนึ่ง 400 คน รายได้รวมจึงกลายเป็น

ส่วนที่หนึ่ง มีผู้ประกอบการ 400 คน มีรายได้คนละ 10 เหรียญ เท่ากับ 4,000 เหรียญ

แต่ในส่วนที่สอง ผู้ประกอบการ 100 คน จะมีผู้ชนะมีรายได้เพียง 1 คน ดังนั้น

ผู้ประกอบการ 1 คน มีรายได้ 1,000 เหรียญ อีก 99 คน ไม่มีรายได้ เท่ากับ 1,000 เหรียญ

GDP ได้เท่ากับ  $4,000+1000 = 5,000$  เหรียญ แสดงให้เห็นถึงการมีผู้ประกอบการแข่งขันกันในส่วนที่สองมากเกินไป ทำให้เกิดการสูญเสียจากจุดที่เหมาะสมไป 990 เหรียญ (จากผู้ประกอบการ 99 คน ที่พ่ายแพ้และไม่ก่อให้เกิดรายได้ในส่วนที่สอง คนละ 10 เหรียญ)

ผู้ประกอบการที่ต่างมุ่งแสวงหาประโยชน์ส่วนตนสูงสุดโดยการเข้าไปแข่งขันกันในส่วนที่สองจำนวน โดยไม่คำนึงถึงว่าสังคมจะได้รับประโยชน์สูงสุดที่จุดใด (จากตัวอย่างสมมุตินี้ หากมีผู้ประกอบการในส่วนที่สองเพียงรายเดียวจะให้ประโยชน์ต่อส่วนรวมได้มากที่สุด)

นอกจากนี้ หากภายหลังจากการแข่งขันดังกล่าวแล้วตลาดเกิดการผูกขาดตามธรรมชาติ ผู้ผูกขาดอาจใช้อำนาจตลาดแทรกแซงการทำงานของกลไกตลาดทำให้สังคมสูญเสียประโยชน์จากการพัฒนา กล่าวคือ ตามปกติผู้ประกอบการในตลาดที่มีการแข่งขัน(หรือกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด) จะต้องพยายามพัฒนาผลิตภัณฑ์ใหม่อย่างต่อเนื่อง เพราะเมื่อตลาดใดเกิดกำไรทางเศรษฐศาสตร์ จะมีผู้ผลิตเลียนแบบในตลาดนั้น ดังนั้นเพื่อให้ได้กำไรสูงสุด ผู้ประกอบการจึงต้องสรรหาผลิตภัณฑ์ใหม่ซึ่งทำให้ผู้ประกอบการยังรักษาความสามารถในการแข่งขันได้แม้จะเป็นเพียงชั่วระยะเวลาหนึ่ง เมื่อผู้ประกอบการนำผลิตภัณฑ์ใหม่ที่มีความแตกต่างเข้าสู่ตลาดจะมีความยืดหยุ่นของอุปสงค์

น้อยลงชั่วคราว\* ทำให้ผู้ประกอบการสามารถเพิ่มราคาขายได้ชั่วคราวก่อนที่ผู้ประกอบการรายใหม่จะผลิตสินค้าที่ทดแทนกันได้ดีเข้าสู่ตลาดและแข่งขันช่วงชิงกำไรทางเศรษฐศาสตร์ไป ทำให้เกิดประโยชน์ต่อผู้บริโภคเพราะผู้ประกอบการจะต้องพัฒนาผลิตภัณฑ์ขึ้นมาแข่งขันอย่างต่อเนื่อง\*\* แต่ในตลาดผูกขาด ผู้ผูกขาดอาจใช้อำนาจเหนือตลาดเพื่อชะลอหรือยังยั้งการเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีใหม่ให้เลื่อนออกไป\*\*\* (Excess Inertia) ทั้งที่เทคโนโลยีเดิมไม่สามารถตอบสนองความต้องการของตลาดได้แล้ว อาจเพราะผู้ประกอบการยังไม่สามารถเรียกคืนต้นทุนที่ได้ลงไปกลับคืนมาได้ หรือไม่ต้องการลงทุนเพื่อพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ จึงพยายามเก็บเกี่ยวผลประโยชน์จากเทคโนโลยีเก่าต่อไปก่อน ปัญหานี้จะเกิดขึ้นเมื่อไม่มีผู้บริโภคจำนวนมากพอที่เต็มใจที่จะแยกออกไปสู่เทคโนโลยีใหม่โดยเฉพาะกับอุตสาหกรรมที่มีผลกระทบจากเครือข่ายในระดับสูงและไม่มีความแน่นอนว่าเทคโนโลยีใดจะเป็นผู้นำต่อไป หรือในทางตรงกันข้าม ผู้ผูกขาดอาจใช้อำนาจเหนือตลาดเพื่อเร่งให้เกิดการเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีตามมาตรฐานใหม่ก่อนเวลาอันควร (Excess momentum) ทั้งที่เทคโนโลยีตามมาตรฐานเดิมยังสามารถตอบสนองความต้องการของตลาดได้ แต่ผู้ประกอบการที่ครอบครองตลาดต้องการผลักดันให้ตลาดเกิดการเปลี่ยนแปลงไปสู่เทคโนโลยีตามมาตรฐานใหม่ที่ตนกำหนดขึ้นเพื่อสามารถกอบโกยรายได้จากเทคโนโลยีใหม่ได้เร็วขึ้น ปัญหานี้จะเกิดขึ้นเพราะผู้บริโภคส่วนใหญ่ยอมไม่ต้องการเลือกเครือข่ายที่ผิดพลาด (ซึ่งอาจจะออกไปจากตลาดในเวลาอันสั้น) ดังนั้นเมื่อผู้บริโภคส่วนใหญ่ได้เปลี่ยนไปสู่เทคโนโลยีใหม่ ผู้บริโภคคนอื่นๆ ก็มักจะรีบเร่งเข้าร่วมสู่เทคโนโลยีนั้นไปด้วย

- การแข่งขันที่มีมากเกินไปก่อให้เกิดการสูญเสีย (Costly standards wars) เนื่องจากสิ่งประดิษฐ์เกิดได้จากการทุ่มเทเงินทุน เวลา และความรู้ความสามารถของนักประดิษฐ์เพื่อให้ได้เทคโนโลยีใหม่ออกมาสู่ตลาด แต่ในสภาพของตลาดแบบเครือข่ายทำให้เทคโนโลยีนั้นอาจไม่ได้นำไปใช้ประโยชน์อย่างที่ควรจะเป็น เพราะหากรบบนั้นต้องพ่ายแพ้ให้แก่ระบบอื่น คุณค่าการใช้ประโยชน์ของระบบที่แพ้จะลดน้อยลงตามขนาดของระบบ (network externality) ที่อาจถูกกลืนหายไป在最 จนกระทั่งอาจไม่มีโอกาสนำสิ่งประดิษฐ์นั้นมาใช้ให้เกิดประโยชน์สมกับที่ผู้ประกอบการได้ลงทุนลงแรงไป อันเป็นความสูญเสียอันเกิดจากการวิจัยและพัฒนาที่ซ้ำซ้อนกัน

\* ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคา (price elasticity of demand) คือ การวัดขนาดการเปลี่ยนแปลงปริมาณอุปสงค์ของสินค้าชนิดหนึ่งเมื่อราคาของสินค้าชนิดนั้นเปลี่ยนแปลงไป และปัจจัยอื่นที่มีผลกระทบต่อแผนของผู้ซื้อไม่เปลี่ยนแปลง

\*\* โปรดดูวัตถุประสงค์ของกฎหมายต่อต้านการผูกขาดและกฎหมายสิทธิบัตรในบทที่ 3 ประกอบ

\*\*\* อย่างไรก็ตาม การผูกขาดจะทำให้เกิดปัญหานี้จริงหรือไม่ โปรดดูความเห็นของนักวิชาการในเรื่อง Creative destruction ในบทที่ 3 ประกอบ



- การแข่งขันกันอย่างรุนแรงในระยะแรกอาจทำให้ผู้บริโภคสินค้าเกิดความลังเลและสับสนถึงอนาคตของระบบที่จะเลือกใช้ เพราะหากผู้บริโภคตัดสินใจเลือกระบบที่จะพ่ายแพ้ในเวลาต่อมาและหายไปจากตลาดในที่สุด ย่อมมีผลกระทบทำให้การใช้ประโยชน์ของสินค้านั้นลดลง รวมถึงผู้ประกอบการต่างๆ ที่ผลิตสินค้าที่ใช้ร่วมในระบบก็อาจเกิดความลังเลถึงอนาคตของระบบที่เขาจะต้องเลือกลงทุนเช่นเดียวกัน ความลังเลและสับสนนี้จะผลให้การยอมรับระบบใดเป็นมาตรฐานโดยพฤตินัยต้องล่าช้าออกไปอันหมายถึงการแข่งขันที่ต้องยืดเยื้อใช้เวลานานกว่าจะยุติลง \*

- การแข่งขันระหว่างเครือข่ายในตลาดเพื่อให้ตลาดเป็นผู้เลือกผู้ชนะเป็นมาตรฐานตามความเป็นจริงนั้น มิได้หมายความว่าเครือข่ายที่ได้รับชัยชนะจะเป็นเทคโนโลยีที่ "ดีที่สุด" เสมอไป Shapiro และ Varian (1999) มีความเห็นในเรื่องนี้ว่า ความสามารถเพื่อการเอาชนะในการแข่งขันในอุตสาหกรรมเครือข่ายกลับขึ้นอยู่กับปัจจัยต่างๆ คือ การครอบครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ความสามารถในการควบคุมฐานลูกค้าที่มีอยู่ ความสามารถในการพัฒนาสิ่งใหม่ ความได้เปรียบของผู้ที่เริ่มแข่งขันก่อน (first-mover advantages) ความสามารถในการผลิต ความเข้มแข็งของสินค้าที่ใช้ประกอบ ชื่อเสียงของตราสินค้าและการมีชื่อเสียงที่ดี (กล่าวคือ นอกจากประสิทธิภาพของสินค้าแล้ว ยังมีเรื่องของความสามารถในด้านการตลาดเข้ามาเกี่ยวข้อง การได้รับชัยชนะจึงมิได้แสดงถึงว่าเทคโนโลยีนั้น "ดีกว่า" ของคู่แข่งเสมอไป, ผู้เขียน) อีกตัวอย่างหนึ่งที่ผู้ชนะมิได้แสดงว่าดีกว่าผู้แพ้ คือ มาตรฐานการวางตัวอักษรในแป้นพิมพ์แบบ QWERTY ซึ่งถูกพัฒนาขึ้นตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ.1870 แม้ภายหลังจากผู้คิดค้นการวางตัวอักษรเป็นพิมพ์แบบใหม่ชื่อ Dvorak ในปี ค.ศ.1932 (ซึ่งเกิดขึ้นหลัง QWERTY นานถึง 62 ปี) แม้จะได้รับการวิจารณ์ว่าเป็นการวางตัวอักษรที่ดีกว่า QWERTY ก็ตาม แต่ในที่สุดแป้นพิมพ์แบบ QWERTY ก็เป็นผู้ชนะในการแข่งขัน เพราะต้นทุนรวมของการเปลี่ยนแปลง (collective switching costs) เพื่อหันไปใช้แป้นพิมพ์แบบ Dvorak สำหรับผู้ใช้ที่เคยชินกับการใช้แป้นพิมพ์ QWERTY อยู่แล้วนั้นสูงมากเกินไปนั่นเอง

- ผู้บริโภคในระบบที่พ่ายแพ้ได้รับความเสียหาย (Stranded users of a losing standard) คุณค่าการใช้ประโยชน์ของระบบมีความสัมพันธ์กับขนาดของเครือข่าย ดังนั้นระบบใดที่พ่ายแพ้ก็ย่อมส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคในระบบอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เช่น การขาดการสนับสนุนสินค้าใหม่ๆ ในระบบเพราะผู้ผลิตต่างก็ต้องการเลือกผลิตสินค้าในระบบที่ได้รับความนิยม รวมถึงอาจขาดบริการหลังการขายจากผู้ผลิตสินค้าที่ได้ละทิ้งระบบที่พ่ายแพ้ไป สภาพเช่นนี้ทำให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหายและไม่สามารถใช้สินค้าในระบบที่ตนเองมีอยู่ให้เกิดประโยชน์ได้

\* โปรดดูประวัติเสียงเรียกร้องจากอุตสาหกรรมต่างๆ ก่อนหน้าการกำหนดมาตรฐาน DVD ในบทที่ 3

2) เครื่องข่ายใหม่ที่เกิดจากการกำหนดมาตรฐานโดยองค์กรอย่างเป็นทางการ (de jure standard)

นอกจากมาตรฐานจะเกิดจากการยอมรับของตลาดแล้ว มาตรฐานยังสามารถเกิดจากการถูกกำหนดขึ้นให้เป็นมาตรฐานได้อีกด้วย องค์กรกำหนดมาตรฐานอย่างเป็นทางการจึงทำหน้าที่เป็นผู้คัดเลือกสิ่งที่จะเป็นมาตรฐานโดยไม่ต้องรอการยอมรับจากตลาด โดยสมาชิกจะเสนอข้อกำหนดเข้าสู่การคัดเลือกขององค์กร เรียกว่า “ระบบการรับรองมาตรฐาน” (standardization of existing practice) ซึ่งสมาชิกที่จะต้องพัฒนาเทคโนโลยีแล้วนำเสนอเข้าสู่องค์กรกำหนดมาตรฐานให้คัดเลือกจากเทคโนโลยีที่เสนอเข้ามา ข้อกำหนดมาตรฐานที่ผ่านการคัดเลือกและทบทวนและอาจถูกแก้ไขให้เหมาะสมยิ่งขึ้น จะได้รับการประกาศให้เป็นมาตรฐาน และตั้งแต่ในช่วงกลางของทศวรรษ ค.ศ. 1980 การพัฒนาเทคโนโลยีที่รวดเร็วขึ้นและช่วงอายุสินค้าในตลาดที่สั้นลง เพื่อให้การกำหนดมาตรฐานมีความรวดเร็วยิ่งขึ้น ส่งผลให้เริ่มมีการใช้ “ระบบการวางมาตรฐานล่วงหน้า” (anticipatory standardization) โดยมาตรฐานแบบนี้จะเกิดขึ้นก่อนสินค้า เทคโนโลยีสามารถถูกพัฒนาขึ้นในชั้นคณะกรรมการในระหว่างการพัฒนามาตรฐาน การกำหนดมาตรฐานลักษณะนี้ในระยะเริ่มต้นส่วนใหญ่ถูกจำกัดอยู่เฉพาะในองค์กรที่เกี่ยวข้องกับ ICT อย่าง IEEE และ X3 ก่อนที่จะถูกนำไปใช้ในองค์กรมาตรฐานระดับระหว่างประเทศ เมื่อ ISO และ IEC ตั้งคณะกรรมการทางเทคนิคร่วม (Joint Technical Committee: JTC1) เพื่อทำหน้าที่พัฒนาและวางมาตรฐานสากลของการแลกเปลี่ยนข้อมูลเทคโนโลยีสารสนเทศ ที่เรียกว่า Open Systems Interconnect (OSI) หรือที่มักเรียกกันว่า OSI Model ร่วมกับ CCITT เพื่อการรวมเทคโนโลยีข้อมูลสารสนเทศและการสื่อสารเข้าด้วยกัน

เพื่อให้ตลาดเกิดการแข่งขัน องค์กรที่ทำหน้าที่กำหนดมาตรฐานอย่างเป็นทางการจึงมักกำหนดมาตรฐานโดยใช้รูปแบบของ “มาตรฐานเปิด” (open standard) \*\* โดยอาจพยายามหลีกเลี่ยงการใช้เทคโนโลยีที่ได้รับสิทธิบัตรหรือมีข้อกำหนดให้ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้ประกอบในมาตรฐานที่จัดตั้งต้องยอมรับเงื่อนไขบางประการซึ่งมีผลเป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลใดก็ตามสามารถนำไปใช้ได้โดยไม่ถูกกีดกัน นั่นก็คือ ผู้เป็นเจ้าของเทคโนโลยีในมาตรฐานต้องให้ความยินยอมล่วงหน้าเพื่ออนุญาตให้ผู้อื่นสามารถนำเทคโนโลยีของตนไปใช้ (freely implemented)

---

\* คำว่า "Anticipatory standardization" เป็นคำที่เรียกโดย Carl Cargill ในบทความเรื่อง "Information technology standardization: Theory, Process, and Organizations", Digital Press, Bedford MA, 1989. ซึ่งหมายความถึงการวางมาตรฐานที่เกิดขึ้นหลังจากการรับรองในแนวคิด (concept) แต่ก่อนมีการผลิต

\*\* ซึ่งตรงกันข้ามกับมาตรฐานโดยพฤตินัย ที่ผู้ประกอบการมักหวงกันไม่ให้คู่แข่งสามารถเข้าถึงเครือข่ายของตนโดยอาศัยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเครื่องมือ มาตรฐานโดยพฤตินัยโดยมากจึงเป็นมาตรฐานแบบปิด (closed standard)



โดยไม่เรียกเก็บค่าตอบแทน หรือเก็บในอัตราค่าธรรมเนียมที่สมเหตุสมผลและไม่เลือกปฏิบัติ (Reasonable And Non-Discriminatory: RAND) โดยองค์กรกำหนดมาตรฐานอย่างเป็นทางการที่เป็นผู้ริเริ่มนำหลักของ RAND มาใช้กับนโยบายสิทธิบัตร (patent policy) คือ ANSI ตั้งแต่ในช่วงกลางของยุคทศวรรษ ค.ศ.1970 สมาชิกรายใดที่เสนอเทคโนโลยีของตนเข้าสู่การพิจารณากำหนดมาตรฐานของ ANSI ต้องให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรว่าจะอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรที่จำเป็นในข้อกำหนดมาตรฐาน ภายใต้หลัก Reasonable And Non-Discriminatory (RAND) นี้

ประโยชน์ของการจัดตั้งมาตรฐานรูปแบบนี้ คือ

- ทำให้สามารถหลีกเลี่ยงความเสียหายและความล่าช้าของการแข่งขันในระดับเครือข่ายเพื่อหามาตรฐานแบบพหุนัย โดยใช้กระบวนการคัดเลือกเทคโนโลยีเพื่อให้เป็นมาตรฐาน โดยอาจมีที่ปรึกษาเป็นผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านเป็นผู้ให้คำแนะนำเพื่อให้ได้มาตรฐานที่มีประสิทธิภาพ

- ทำให้เกิดการแข่งขันในตลาดสินค้าที่ใช้มาตรฐานเดียวกัน ผู้ประกอบการสามารถแข่งขันกันภายใต้มาตรฐานการเชื่อมต่อเดียวกัน (intra-technology competition) การแข่งขันในระดับสินค้าที่ใช้มาตรฐานที่เปิดกว้างเช่นนี้ จะไม่มีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดเพราะการแข่งขันในระดับสินค้านี้ไม่มีลักษณะของ Winner-Takes-All ที่พบในการแข่งขันระดับมาตรฐานฯ เมื่อทุกคนสามารถเข้าถึงเทคโนโลยีที่ต้องใช้เพื่อการผลิตตามมาตรฐานได้เท่าเทียมกัน จึงเป็นการส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันกันมากขึ้น ทำให้ตลาดไม่เกิดการผูกขาดได้โดยง่าย

- เมื่อมีความจำเป็นเร่งด่วนต้องการมาตรฐานการเชื่อมต่อฯ ใหม่ การกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อฯ โดยองค์กรอย่างเป็นทางการจะสามารถตอบสนองต่อความต้องการได้ดีกว่าการเกิดมาตรฐานโดยพหุนัยที่อาจต้องรอให้การแข่งขันที่กินระยะเวลายาวนานยุติลงเสียก่อน

อย่างไรก็ดี กระบวนการจัดตั้งมาตรฐานการเชื่อมต่อฯกลาง โดยองค์กรอย่างเป็นทางการก็มีข้อเสียบางประการ เช่น

- การกำหนดมาตรฐานฯ โดยองค์กรอย่างเป็นทางการอาจประสบปัญหาความล่าช้าของขั้นตอนในการทำงานและความขัดแย้งระหว่างสมาชิกทำให้ไม่สามารถตกลงกำหนดมาตรฐานให้สำเร็จได้ ดังที่เคยปรากฏมาแล้วหลายครั้งในอดีตที่สมาชิกไม่สามารถตกลงกันได้ทำให้การกำหนดมาตรฐานต้องล้มเหลวลง เช่น กรณีระบบการแพร่สัญญาณโทรทัศน์สีที่ไม่ประสบความสำเร็จจนเกิดเป็นมาตรฐานที่แตกแยกกันเป็นมาตรฐาน PAL NTSL และ SCAM ซึ่งยังต่อเนื่องมาถึงความขัดแย้งในการกำหนดมาตรฐานการแพร่สัญญาณโทรทัศน์ความละเอียดสูงระหว่างประเทศ (International High-Definition television) ที่มีการแทรกแซงอย่างหนักจากประเทศต่างๆ ที่พยายามช่วยเหลือผู้ประกอบการของตน ที่ด้านหนึ่งก็ต้องการหลีกเลี่ยงการเกิดสงครามฟอร์แมต แต่อีกด้านก็ต้องการสนับสนุนให้ระบบของฝ่ายตนได้เป็นมาตรฐานสากล ซึ่งกินเวลานานนับสิบปี (ตั้งแต่ในช่วงประมาณปี ค.ศ.1980-1990) จนถึงปัจจุบันก็ยัง ไม่อาจหาข้อยุติได้

- ถึงแม้จะมีกระบวนการคัดเลือกเทคโนโลยีโดยการลงมติและมีผู้เชี่ยวชาญคอยให้คำแนะนำแล้วก็ตาม ก็ไม่อาจรับรองได้ว่า เทคโนโลยีที่องค์กรคัดเลือกมานั้นจะเป็นสิ่งที่ดีและเหมาะสมที่สุด หรือตรงตามความต้องการของตลาดอย่างแท้จริงเสมอไป รวมถึงเบื้องหลังของการลงมติเพื่อเลือกเทคโนโลยีในมาตรฐานอาจเกิดการพยายามวิ่งเต้นกันอย่างลับๆ (Lobby) โดยผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของเทคโนโลยีนั้น เพราะเกี่ยวพันถึงผลประโยชน์มหาศาลที่จะได้รับหากเทคโนโลยีได้รับเลือกเป็นมาตรฐาน

- การกำหนดมาตรฐานขึ้นเป็นการภายในโดยองค์กรกำหนดมาตรฐานอย่างเป็นทางการในระดับประเทศ อาจทำให้มาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้นในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันและเกิดปัญหาจากการที่ไม่สามารถทำงานร่วมกันได้

3) การจัดตั้งมาตรฐานการเชื่อมต่อโดยความร่วมมือของกลุ่มผู้ประกอบการ (Consensus standard)

การใช้วิธีการกำหนดมาตรฐานล่วงหน้าขององค์กรอย่างเป็นทางการและการกำหนดกระบวนการที่ซับซ้อนมากขึ้น ทำให้การทำงานขององค์กรมาตรฐานอย่างเป็นทางการช้าลง ในปี ค.ศ.1989 ระยะเวลาโดยเฉลี่ยของการพัฒนามาตรฐานโดยองค์กรอย่างเป็นทางการอยู่ที่ประมาณ 4 ถึง 6 ปี<sup>4</sup> ซึ่งระยะเวลาที่ยาวนานเช่นนี้ไม่สามารถตอบสนองต่อความต้องการของอุตสาหกรรมสมัยใหม่ที่เทคโนโลยีเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วได้ทันทั่วทั้ง

เมื่อมาตรฐานโดยพฤตินัยและมาตรฐานโดยนิตินัยไม่สามารถตอบสนองความต้องการได้ดังกล่าวมานั้น บรรดาผู้ประกอบการจึงต้องหาทางออกวิธีอื่น จนเป็นที่มาของมาตรฐานอีกรูปแบบหนึ่ง ที่ผู้ที่ทำหน้าที่กำหนดมาตรฐานการเป็นบรรดาผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมเองที่ตกลงร่วมกันใช้มติเห็นพ้องต้องกัน (consensus process) ของเหล่าสมาชิกหรือคณะกรรมการองค์กร เพื่อคัดเลือกเทคโนโลยีให้กลายเป็นมาตรฐานการเชื่อมต่อกลางขึ้นมาใช้ร่วมกัน\* ดังที่ Scott K. Peterson จากบริษัท HP ได้นิยามการจัดตั้งมาตรฐานด้วยวิธีนี้ว่า “บริษัทต่างๆร่วมมือกันในมาตรฐานและแข่งขันกันบนการนำมาตรฐานไปใช้”\*\*

<sup>4</sup> Carl Cargill, "Intellectual property rights and standards setting organizations: An overview of failed evolution", submitted to the Department of Justice and the Federal Trade Commission, 27 March 2002.

\* ในบางบทความจัดประเภทของการเกิดมาตรฐานในลักษณะนี้เป็นมาตรฐานโดยพฤตินัยประเภทหนึ่ง เพราะเกิดจากกลุ่มผู้ประกอบการผลักดันให้เกิดเป็นมาตรฐานขึ้นในตลาดยอมรับเป็นมาตรฐานโดยปริยาย ผู้เขียนมีความเห็นว่ามาตรฐานที่จัดตั้งดังกล่าวมีลักษณะการคัดเลือกเทคโนโลยีคล้ายกับ de jure standard แต่เมื่อได้รับการยอมรับจากตลาดจนแพร่หลายจึงจะถือได้ว่าเป็น de facto standard อย่างแท้จริง

\*\* “companies cooperate on standards and compete on implementations”

การกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อกลางโดยวิธีนี้ เป็นการรวมข้อดีจากที่มาของมาตรฐาน โดยพฤตินัยและโดยนิตินัยไว้รวมกัน เช่น มาตรฐานที่จัดตั้งสามารถประสบความสำเร็จแพร่หลายในตลาดได้รวดเร็ว เพราะไม่ต้องรอให้สิ้นสุดการแข่งขันระหว่างระบบในตลาดจนได้มาตรฐานโดยพฤตินัย ซึ่งอาจต้องใช้ระยะเวลานาน, ผู้บริโภคเกิดความเชื่อมั่นในระบบว่าจะประสบความสำเร็จไม่หายออกไปจากตลาดเร็วเกินไป, ความร่วมมือกันทำให้เกิดเครือข่ายที่มีขนาดใหญ่ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคมากกว่าเครือข่ายขนาดเล็กหลายๆเครือข่าย, เป็นการร่วมมือกันในการวิจัยและพัฒนา ทำให้ลดปัญหาการขาดแคลนเงินทุน นักวิจัยและความเสี่ยงจากการสูญเปล่าหากการวิจัยไม่ประสบผลสำเร็จ เป็นต้น

แต่การจัดมาตรฐานลักษณะนี้ก็อาจเป็นผลเสียต่อการแข่งขันได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรวมกลุ่มผู้ประกอบการนั้นมาจากคู่แข่งกัน อาจกลายเป็นการกระทำเพื่อรวมหัวสมคบกันเพื่อเข้าผูกขาดตลาดขึ้นได้โดยง่าย ดังที่นักวิชาการหลายท่านเป็นกังวล เช่น Lewis Branscomb (1994) มีความเห็นว่า ที่จริงแล้วเจตนาที่แท้จริงของการรวมกลุ่มเพื่อกำหนดมาตรฐานของผู้ประกอบการ เพื่อให้เทคโนโลยีประสบความสำเร็จได้รับการยอมรับจากตลาดในทำนองเดียวกับมาตรฐานโดยพฤตินัย โดยไม่ต้องพึ่งพาขั้นตอนการกำหนดมาตรฐานอย่างเป็นทางการ ในขณะที่บางกลุ่มก็มุ่งเน้นไปที่การเร่งกระบวนการกำหนดมาตรฐานให้เร็วขึ้นด้วยการนำผู้ประกอบการทั้งหมดมาประชุมกันและตกลงร่วมกันในข้อกำหนดมาตรฐาน โดยไม่ต้องรอเวลานานเป็นปีๆกับการทำสงครามฟอร์แมทเพื่อให้ได้เป็นมาตรฐานโดยพฤตินัย หลังจากตกลงกันได้เรียบร้อยแล้ว ก็เหลือเพียงทำอย่างไรให้องค์กรกำหนดมาตรฐานอย่างเป็นทางการและผู้บริโภคยอมรับสิ่งที่กลุ่มผู้ประกอบการได้เลือกมาให้แล้วเท่านั้น\*

อีกความเห็นหนึ่งในทำนองเดียวกัน คือ ความเห็นของ William Baxter<sup>5</sup> ที่มองว่า หากวิธีการกำหนดมาตรฐานดังกล่าวถูกนำมาใช้ในอุตสาหกรรมที่มีใช้สินค้าที่ใช้เทคโนโลยีระดับสูงอย่างแท้จริง (คือเป็นอุตสาหกรรมที่ไม่มีปัจจัยเรื่องความเข้ากันได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับรุนแรงนัก: ผู้เขียน) ในหลายครั้งที่พบว่าแท้จริงวิธีการดังกล่าวเป็นเพียงการกระทำเพื่อลดความหลากหลายของสินค้าที่จะออกสู่ตลาดโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ง่ายต่อการร่วมมือด้านราคาในตลาดที่มีการกระจุกตัวสูงเสียมากกว่า

\* จากคำกล่าวแสดงทรรศนะของ Lewis Branscomb ในการประชุมสัมมนาเรื่อง the Technology policy working group of the U.S. Federal government ปี ค.ศ.1994.

<sup>5</sup> William Baxter, "Hearing on global and innovation-based competition", Federal Trade Commission, Sixth and Pennsylvania Avenues Room 432 Washington D.C. 20580, November 30, 1995

ในขณะที่ Carl Shapiro<sup>6</sup> มีความเห็นว่า วิธีการกำหนดมาตรฐานนี้เป็นปัจจัยสำคัญที่จะช่วยให้เทคโนโลยีในมาตรฐานประสบความสำเร็จในตลาดได้ง่ายขึ้น ดังนั้น ประโยชน์หลักของวิธีการกำหนดมาตรฐานร่วมกันจึงมักจะไม่ใช่เพื่อเหตุผลการกระจายความเสี่ยงในการลงทุนพัฒนาหรือการร่วมกันทำงาน แต่น่าจะเป็นการสนับสนุนเทคโนโลยีระหว่างกันและการแสดงออกถึงความ เป็นหนึ่งเดียวในกลุ่มเพื่อกระตุ้นให้เกิดความเชื่อมั่นและหันมาให้ความสนใจในมาตรฐานใหม่เป็นสำคัญ

### 1.1.2 อำนาจผูกขาด โดยผลของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

ทรัพย์สินทางปัญญา (intellectual property) เป็นสิทธิทางกฎหมายที่มีอยู่เหนือผลงานการสร้างสรรค์ทางปัญญาของบุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง โดยเป็นสิทธิทางกฎหมายที่มีอยู่เหนือสิ่งที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ทางปัญญาของมนุษย์ ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิที่จะกีดกันผู้อื่นจากการใช้ผลงานทางปัญญาที่ตนได้สร้างสรรค์หรือพัฒนาขึ้น เรียกว่า "สิทธิเด็ดขาด" (exclusive rights) มีลักษณะเป็นสิทธิในทางปฏิเสธ<sup>7</sup> (negative rights) ซึ่งทำให้ถูกเรียกว่าเป็น "อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดโดยผลของกฎหมาย" เนื่องจากกฎหมายมิได้ให้อำนาจแก่ผู้ทรงสิทธิในอันที่จะใช้ประโยชน์ในการประดิษฐ์แต่เพียงผู้เดียว แต่ให้สิทธิแก่ผู้ทรงสิทธิในการกีดกันผู้อื่นจากการใช้ประโยชน์ในการประดิษฐ์เท่านั้นอันมีผลโดยปริยายทำให้ผู้ทรงสิทธิจะมีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการนำเอาผลงานทางปัญญานั้นไปแสวงหาประโยชน์ในทางหนึ่งทางใด แต่การนำผลงานทางปัญญาไปแสวงหาประโยชน์อาจกระทำได้ด้วยวิธีการที่ผู้ทรงสิทธินำเอาการประดิษฐ์หรือเทคโนโลยีนั้นไปผลิตสินค้าออกจำหน่ายด้วยตนเอง หรือหากผู้ทรงสิทธิไม่ต้องการทำการผลิตสินค้าออกจำหน่ายเอง เช่น เพราะไม่ต้องการเสี่ยงในการลงทุนด้วยตนเอง ก็สามารถทำสัญญาอนุญาตให้ผู้อื่นที่สนใจจะใช้ประโยชน์จากผลงานทางปัญญานั้นให้ทำการผลิตสินค้าออกจำหน่ายแทน โดยผู้ทรงสิทธิเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิจากบุคคลดังกล่าวเป็นค่าตอบแทน หรือผู้ทรงสิทธิอาจจะโอนสิทธิให้แก่บุคคลอื่นเป็นผู้ทรงสิทธิคนใหม่อันจะทำให้ผู้ทรงสิทธิเดิมหมดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไป

อย่างไรก็ดี สิ่งที่เกิดจากผลงานสร้างสรรค์ทางปัญญาของบุคคลมิได้มีสถานภาพเป็นทรัพย์สินทางปัญญาไปทั้งหมด แต่เฉพาะผลงานสร้างสรรค์ทางปัญญาที่เข้าเกณฑ์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่านั้นจึงจะมีสถานภาพเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่ตกเป็นสิทธิของผู้สร้างสรรค์หรือผู้ประดิษฐ์คิดค้นขึ้น สิ่งใดจะเป็นทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไข คือ

<sup>6</sup> Carl Shapiro, "Setting Compatibility Standards: Cooperation or Collusion?", 8 June 2000

<sup>7</sup> จักรกฤษณ์ ควรวจน์, "สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์", สำนักพิมพ์นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2,



1. เป็นสิ่งที่กฎหมายและนโยบายของรัฐให้การรับรองว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญา
2. มีคุณสมบัติครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้
3. อยู่ในระหว่างช่วงอายุการคุ้มครอง

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอาจจำแนกได้เป็นหลายประเภท แต่ที่ถือว่าเป็นสิทธิพื้นฐานมีอยู่ 4 ประเภท ได้แก่ สิทธิบัตร (patent) เครื่องหมายการค้า (trademark) ความลับทางการค้า (trade secret) และลิขสิทธิ์ (copyright) ซึ่งแต่ละประเภทผู้ทรงสิทธิจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในระดับที่แตกต่างกัน โดยสิทธิตามสิทธิบัตรเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่สามารถกีดกันมิให้ผู้อื่น ผลิต ใช้หรือจำหน่ายสิ่งประดิษฐ์ที่ได้รับการคุ้มครอง สิทธิในลิขสิทธิ์เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะอนุญาตให้ผู้อื่นลอกเลียนแบบงานสร้างสรรค์อันได้รับความคุ้มครองได้ ส่วนสิทธิในเครื่องหมายการค้าเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะใช้เครื่องหมายซึ่งติดอยู่กับผลิตภัณฑ์เพื่อป้องกันการลวงสาธารณะชนจากการใช้เครื่องหมายที่คล้ายคลึงกัน สิทธิในความลับทางการค้าเป็นสิทธิในทางปกป้องการฉกฉวยเอาข้อมูลความลับทางการค้าของเจ้าของธุรกิจไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบ ในบรรดาสหสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาทั้งหมด งานวิจัยฉบับนี้จะเน้นไปที่การศึกษาการใช้สิทธิบัตรซึ่งเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่มีระดับความคุ้มครองที่สูงที่สุดอันจะก่อให้เกิดการผูกขาดโดยผลของกฎหมายได้มากที่สุดไปด้วย (อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นก็อาจก่อให้เกิดการผูกขาดได้เช่นกัน ซึ่งควรแยกการศึกษาออกเป็นตามแต่ละประเภท เพราะลักษณะความคุ้มครองของทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทยังมีขึ้นเพื่อจุดประสงค์ที่ต่างกันข้างต้น)

วัตถุประสงค์ของกฎหมายสิทธิบัตรมีเพื่อก่อตั้งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของนักประดิษฐ์เพื่อแลกเปลี่ยนกับความยินยอมในการเปิดเผยรายละเอียดของประดิษฐ์กรรม สิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่มอบให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตรทำให้ความคุ้มครองทางสิทธิบัตรมีสภาพเป็นอุปสรรคทางกฎหมาย (legal barrier) ที่ขัดขวางมิให้ผู้อื่นสามารถนำเทคโนโลยีนั้นไปใช้งานได้ เสมือนเป็นการให้สิทธิผูกขาดโดยกฎหมาย (legal monopoly) ช่วงระยะเวลาหนึ่งแก่นักประดิษฐ์เพื่อเป็นรางวัลตอบแทน ทำให้ผู้คิดค้นได้รับรายได้หรือค่าตอบแทนที่สูงกว่าปกติจากสภาพของตลาดแข่งขันเป็นเกณฑ์ความปกติ หรือที่เรียกว่า "ค่าเช่าทางเศรษฐกิจ\*" (economic rent) เพราะในทางเศรษฐกิจ การประดิษฐ์คิดค้นต้องมีการลงทุนค่าใช้จ่าย เวลา และกำลังสติปัญญาอันพิเศษของมนุษย์เป็นจำนวน

---

\* ในกรณีนี้ถือเป็น "ค่าเช่าจากนวัตกรรม" (Schumpeterian rents) หมายถึง รายได้เกินปกติที่ผู้ประกอบการที่นำนวัตกรรมได้รับจากการเป็นผู้ผลิตสินค้าตัวใหม่ที่คู่แข่งยังไม่อาจผลิตได้ ทั้งนี้จะต้องประกอบด้วย การคุ้มครอง ทรัพย์สินทางปัญญา (property rights) ที่จะสามารถกีดกันไม่ให้คู่แข่งในการผลิตสินค้าดังกล่าวชั่วระยะเวลาหนึ่งเป็นกลไกสนับสนุนและเป็นแรงจูงใจให้ผู้ประกอบการต้องการลงทุนในนวัตกรรม



มาก ในขณะที่มีความเสี่ยงของปัญหาที่อาจเกิดขึ้นทุกเมื่อและเป็นความเสี่ยงที่ยากแก่การจำกัดขอบเขตหรือคาดการณ์ผลไว้ล่วงหน้า แต่เมื่อความรู้นั้นได้เปิดเผยให้ผู้อื่นรู้แล้ว บุคคลอื่นจะสามารถเข้าใจและลอกเลียนแบบได้โดยง่าย โดยที่ "นวัตกรรม" (innovation) มีบทบาทสำคัญต่อความก้าวหน้าทางอุตสาหกรรมและเศรษฐกิจของประเทศ หากนักประดิษฐ์เกรงกลัวต่อความเสี่ยงทางเศรษฐกิจไม่ว่าจากปัญหาในการประดิษฐ์หรือการถูกลอกเลียนแบบสิ่งประดิษฐ์ จนไม่ยอมคิดค้นสิ่งใหม่ยอมส่งผลเสียหายต่อประโยชน์ส่วนรวมไปด้วย สิทธิบัตรจึงเป็นเครื่องจูงใจให้มีการประดิษฐ์คิดค้นสิ่งใหม่ขึ้นโดยทำให้ผู้ประดิษฐ์เกิดความมั่นใจว่า หากเขาสามารถประดิษฐ์นวัตกรรมได้สำเร็จและเป็นที่ต้องการของตลาด เขาจะได้รับการปกป้องจากรัฐไม่ให้ผู้อื่นลอกเลียนแบบแสวงหาผลประโยชน์จากผลงานของเขา และยังเป็นแรงจูงใจให้บุคคลอื่นในสังคมใช้สติปัญญาในการพัฒนาเทคโนโลยีต่อไปเนื่องจากได้เห็นตัวอย่างของผู้ประดิษฐ์ที่ได้รับผลตอบแทนจากความสำเร็จของเขาอีกด้วย<sup>8</sup>

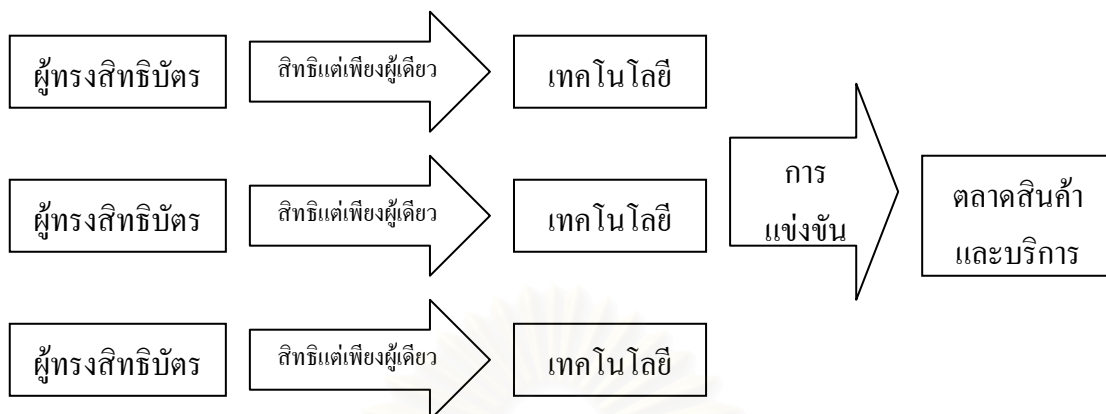
การมีอำนาจควบคุมปัจจัยการผลิตซึ่งก็คือเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย สิทธิบัตร ทำให้เกิดเป็นอุปสรรคกีดขวางการเข้ามาดำเนินธุรกิจของบุคคลอื่นอันทำให้ผู้ทรงสิทธิบัตรเป็นผู้ผูกขาดโดยผลของกฎหมายชั่วระยะเวลาหนึ่ง อันถือเป็นลักษณะการผูกขาดโดยธรรมชาติอีกรูปแบบหนึ่ง (natural monopoly)

อำนาจผูกขาดเบ็ดเสร็จ โดยผลของอุตสาหกรรมแบบเครือข่ายและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

- กรณีการผูกขาดในอุตสาหกรรมทั่วไปที่ไม่มีผลกระทบของเครือข่าย

โดยปกติแล้ว แม้แต่ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับความคุ้มครองในระดับสูงอย่างสิทธิบัตรอันทำให้เป็นผู้ผูกขาดในสิ่งประดิษฐ์ที่ได้รับความคุ้มครองแต่เพียงผู้เดียวที่จะทำการผลิตสินค้าออกจำหน่าย หรือให้อนุญาตผู้อื่นผลิตออกจำหน่ายโดยเก็บค่าธรรมเนียมตอบแทนก็ตาม หากในตลาดที่สินค้านั้นออกจำหน่ายยังมีสินค้าอื่นๆประเภทเดียวกันวางจำหน่ายอยู่ด้วย ทำให้ผู้บริโภคสามารถเลือกซื้อสินค้าที่ตนพอใจ กล่าวคือ ถึงแม้ผู้ประดิษฐ์จะเป็นผู้ผูกขาดการใช้เทคโนโลยี แต่เทคโนโลยีนั้นไม่ได้ผูกขาด ดังนั้น กลไกตลาดก็ยังสามารถทำงานของมันได้ สินค้าใดที่ใช้เทคโนโลยีที่ด้อยประสิทธิภาพกว่าของกลุ่ม หรือตั้งราคาไว้สูงเกินควร ก็จะไม่ได้รับการตอบรับที่ดีจากผู้บริโภค ผู้ทรงสิทธิบัตรก็อาจต้องยอมลดราคาจำหน่ายลง หรือหากอนุญาตให้ผู้อื่นผลิตจำหน่ายแทนก็อาจต้องยอมลดค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิบัตรลงเพื่อเป็นการลดต้นทุนของผู้ผลิต หรือผู้ทรงสิทธิบัตรก็ต้องเร่งพัฒนาเทคโนโลยีของตนให้มีประสิทธิภาพเหนือกว่าของกลุ่ม การผูกขาดโดยสิทธิบัตรในกรณีเช่นนี้จึงอาจไม่สร้างความเสียหายต่อการแข่งขันมากเท่าใด

<sup>8</sup> ขรรจบ พวงราช, "คำอธิบายกฎหมายสิทธิบัตร", สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542

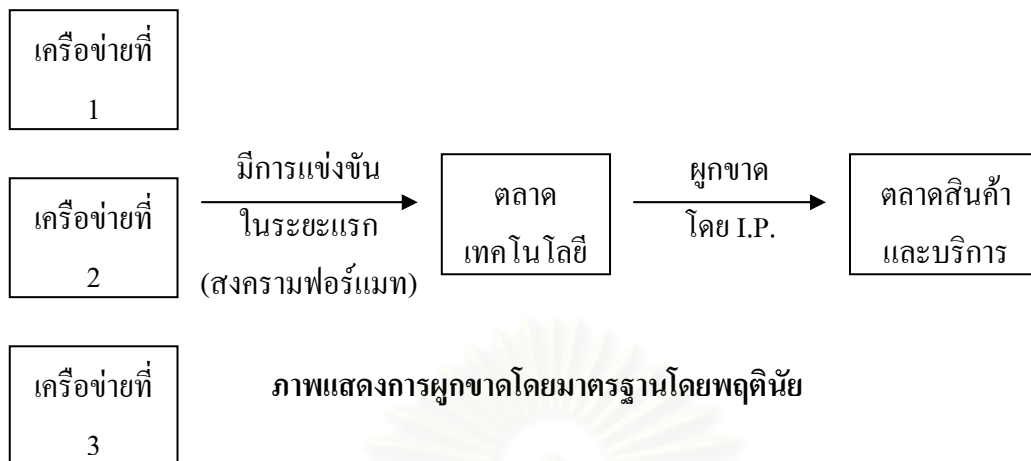


### ภาพแสดงการผูกขาดโดยสิทธิบัตรในอุตสาหกรรม

- การผูกขาดในอุตสาหกรรมที่มีผลกระทบจากเครือข่าย (Network industries)

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าผลกระทบของเครือข่ายมีผลต่อการแข่งขันในตลาดได้อย่างไรบ้าง ผู้ที่ครอบครองเครือข่ายขนาดใหญ่กว่าย่อมได้เปรียบในการแข่งขันกับเครือข่ายขนาดเล็ก ดังนั้นผู้ทรงสิทธิบัตรในเทคโนโลยีที่ต้องใช้ในเครือข่ายขนาดใหญ่จึงเป็นผู้ผูกขาดในการใช้เทคโนโลยีที่เป็น เทคโนโลยีที่ผูกขาด หากผู้นั้นใช้อำนาจผูกขาดของเครือข่ายกีดกันเทคโนโลยีอื่นๆไม่ให้เข้าสู่ตลาดและใช้สิทธิตามสิทธิบัตรกีดกันผู้อื่นไม่ให้ใช้เทคโนโลยีของตนเพื่อผลิตสินค้าขึ้นแข่งขันกับตนซึ่งเป็นผูกขาดแบบเบ็ดเสร็จ ผู้ทรงสิทธิบัตรที่ผูกขาดแบบเบ็ดเสร็จอาจใช้อำนาจเหนือตลาดแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ เช่น การขึ้นราคาสินค้าหรือขึ้นค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิบัตรตามอำเภอใจ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ก่อนที่ผู้ทรงสิทธิบัตรจะได้รับประโยชน์จากขนาดของเครือข่าย อาจต้องผ่านการแข่งขันในระดับเทคโนโลยีที่เรียกว่า "สงครามฟอร์แมท" เพื่อแย่งชิงส่วนแบ่งตลาดในระดับเครือข่ายกับผู้ประกอบการอื่นๆเสียก่อน จึงมีความเสี่ยงที่หากเครือข่ายของตนพ่ายแพ้ก็อาจต้องออกไปจากตลาดด้วยผลของเครือข่าย ดังนั้นในระยะเริ่มต้นจึงยังอาจมีการแข่งขันในตลาดเพื่อให้ตลาดเป็นผู้เลือกว่าเครือข่ายใดสมควรจะเป็นผู้ได้รับชัยชนะจนเป็นมาตรฐานโดยพฤตินัย (de facto standard)



ในกรณีการจัดตั้งมาตรฐาน โดยองค์กรอย่างเป็นทางการ เช่น ISO, IEC, และ ITU นั้นอาจไม่ปรากฏการแข่งขันในระดับเครือข่าย แต่ข้อกำหนดขององค์กรจัดตั้งมาตรฐานอย่างเป็นทางการมักมีข้อกำหนดซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิในการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาลงเพื่อลดความรุนแรงของผลของการผูกขาดลง เช่น การกำหนดให้เป็นมาตรฐานแบบเปิด (open standard) เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการที่สนใจได้เข้าถึงเทคโนโลยีโดยไม่ปิดกั้นและเสียค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิบัตรตามสมควร เป็นต้น



ภาพแสดงการผูกขาดโดยมาตรฐานโดยนิตินัย

แต่การร่วมกันจัดตั้งมาตรฐาน โดยกลุ่มผู้ประกอบการนั้น หากไม่มีการกำกับดูแลโดยหน่วยงานป้องกันการผูกขาดที่เหมาะสม การร่วมกันจัดตั้งมาตรฐาน โดยกลุ่มผู้ประกอบการอาจเป็นร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันในระดับเครือข่ายเพื่อร่วมกันผูกขาด (joint dominant) ในตลาดสินค้าและบริการได้โดยที่ไม่มีการแข่งขันเกิดขึ้นเลยในตลาด



### ภาพแสดงการผูกขาดโดยมาตรฐานที่จัดตั้งโดยกลุ่มผู้ประกอบการ

ดังจะเห็นได้ว่า ไม่มีกรณีใดที่จะเกิดการผูกขาดได้เบ็ดเสร็จตั้งแต่ในตลาดเทคโนโลยีไปจนถึงตลาดสินค้าและบริการ ได้เท่ากับการร่วมกันจัดตั้งมาตรฐานการเชื่อมต่อโดยกลุ่มของผู้ประกอบการ เพราะแม้แต่การเกิดมาตรฐานโดยพฤตินัย (de facto standard) ก็ยังอาจมีการแข่งขันในระดับเครือข่ายอยู่ช่วงระยะเวลาหนึ่งซึ่งผู้ทรงสิทธิบัตรต้องรับความเสี่ยงภัยจากการแข่งขัน แม้ผลสุดท้ายอาจเกิดการผูกขาดทั้งในตลาดเทคโนโลยีและตลาดสินค้าและบริการด้วยก็ตาม จึงอาจกล่าวได้ว่า หากปราศจากการกำกับดูแลที่ดี พฤติกรรมร่วมกันจัดตั้งมาตรฐานการเชื่อมต่อของผู้ประกอบการจะกลายเป็นเครื่องมือสำหรับการพยายามผูกขาดตลาดเทคโนโลยีและสามารถรวมไปถึงการผูกขาดตลาดสินค้าและบริการที่เป็นตลาดปลายน้ำ (downstream market) ของตลาดเทคโนโลยีได้อีกด้วย

นอกจากนี้ มาตรฐานการเชื่อมต่อฯ ยังมีผลต่อมูลค่าของสิทธิบัตรที่อยู่ในมาตรฐานอีกด้วย\* ทั้งนี้มีสิทธิบัตรจำนวนมากที่มีมูลค่าเพียงเล็กน้อยในขณะที่ถูกคิดค้นประดิษฐ์ขึ้นมา เนื่องจากในตลาดเทคโนโลยีนั้นมีสิทธิบัตรอื่นๆ ที่ใช้ทดแทนกันได้ (close substitute) อยู่เป็นจำนวนมาก กรณีเช่นนี้เทคโนโลยีตามสิทธิบัตรนั้นก็ไม่ต่างไปจากสินค้าบริโภคที่หาซื้อขายกันได้ทั่วไป (commodity inventions) และมีได้สร้างอำนาจตลาดให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตร ผู้ขออนุญาตใช้สิทธิจะพิจารณาจ่ายค่าตอบแทนการใช้สิทธิบัตรนั้น โดยคำนึงถึงความคุ้มค่าเมื่อเทียบกับราคาที่เพิ่มขึ้นของสิทธิบัตรที่ใช้ทดแทนกันได้ที่มีประสิทธิภาพเหนือกว่าในตลาดเทคโนโลยี ดังนั้น การมีอยู่และคุณภาพของสิทธิบัตรที่ใช้ทดแทนกันได้ในตลาดจึงมีความสำคัญต่อการพิจารณาอำนาจตลาดในตลาดเทคโนโลยีและตลอดจนในตลาดสินค้าที่ต่อเนื่อง มูลค่าของเทคโนโลยีใหม่ (รวมถึงสินค้าหรือคุณลักษณะของสินค้า) จะประเมินได้จากความพึงพอใจของผู้บริโภคที่มีต่อประโยชน์ของเทคโนโลยีนั้นที่เหนือกว่าเทคโนโลยีทางเลือกใกล้เคียง หากเทคโนโลยีทางเลือกที่ใกล้เคียงนั้นมีประโยชน์เท่าๆกัน มูลค่าของเทคโนโลยีนั้นก็จะไม่สูงไปกว่าเทคโนโลยีทางเลือกดังกล่าว

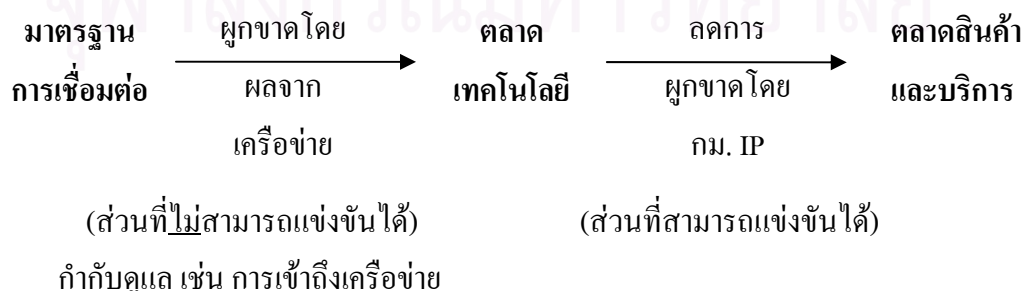
สำหรับกรณีของสิทธิบัตรในสิ่งประดิษฐ์ที่เป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งยิ่งใหญ่ (radical innovation) ซึ่งพัฒนาประสิทธิภาพให้เหนือไปจากเดิมอย่างมากและไม่มีเทคโนโลยีใดที่ทดแทน

\* จากงานวิจัย ตัวอย่างเช่น F.M. Scherer, "Firm size, Market structure, Opportunity, and the output of patented inventions", the American economic review, Vol. LV, no. 5, Part 1, December 1965.

ได้ใกล้เคียง เมื่อผู้บริโภคไม่มีเทคโนโลยีทางเลือกอื่นทดแทนได้ สิทธิบัตรเช่นนี้จึงมีมูลค่าสูงและสร้างอำนาจตลาดให้แก่ผู้ทรงสิทธิได้ในตัวเองและสามารถเอาชนะเทคโนโลยีคู่แข่งอื่นๆ ในตลาดเพื่อเป็นมาตรฐานตามความเป็นจริงได้ ผู้ทรงสิทธิจึงไม่จำเป็นต้องอาศัยกระบวนการกำหนดมาตรฐานเข้ามามีส่วนร่วม ต่างกับเทคโนโลยีทั่วไปที่พัฒนาเพิ่มขึ้นเพียงเล็กน้อย การเข้าเป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐานจึงมีส่วนสำคัญในการสร้างอำนาจตลาดและเพิ่มมูลค่าของเทคโนโลยีต่างๆ ไปให้มากขึ้น ด้วยการลดจำนวนของเทคโนโลยีในตลาดที่ทดแทนกันได้ลง ไม่ว่าจะมาตรฐานจะเกิดจากตลาดเป็นผู้เลือกหรือเกิดจากการกำหนดขึ้นขององค์กรกำหนดมาตรฐานก็ตาม มาตรฐานจึงสามารถสร้างอำนาจตลาดให้แก่ผู้ทรงสิทธิที่เหนือกว่าสิทธิเด็ดขาดในสิทธิบัตรเพียงลำพังเพราะการมีอำนาจผูกขาดแบบเบ็ดเสร็จในตลาดเทคโนโลยีและตลาดสินค้านั้นเอง

ในช่วงปลายของทศวรรษ ค.ศ.1970 หน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีความเคลือบแคลงต่อพฤติกรรมร่วมกันจัดตั้งมาตรฐานการเชื่อมต่อของกลุ่มผู้ประกอบการว่าอาจอาศัยการกำหนดมาตรฐานเพื่อการจำกัดการแข่งขัน โดยไม่มีเหตุอันสมควร ซึ่งจะเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันของสหรัฐฯ และเป็นการใช้อำนาจรัฐเข้าไปแทรกแซงการประกอบธุรกิจของเอกชนอย่างหนึ่งซึ่งย่อมมีผลกระทบต่อความมั่นใจในการเข้าร่วมกำหนดมาตรฐานของผู้ประกอบการว่าจะถูกดำเนินคดีตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดหรือไม่

จากแนวทางของ OECD ในการปฏิรูปการกำกับดูแลกิจการที่ผูกขาดโดยธรรมชาติได้แนะนำให้ภาครัฐลดการแทรกแซงที่ไม่จำเป็นลง และเน้นการกำกับดูแลในส่วนที่จำเป็นซึ่งก็คือโครงสร้างตลาดในบางใดที่สามารถมีการแข่งขันได้ก็ควรปล่อยให้ไปตามกลไกตลาด และในบางใดที่โดยสภาพไม่สามารถมีการแข่งขันได้ อย่างเช่น เครือข่ายสายส่งไฟฟ้าในกิจการพลังงานไฟฟ้า (ซึ่งเป็นอุตสาหกรรมเครือข่ายแบบ real network อย่างหนึ่ง) จึงจะเป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องเข้าไปแทรกแซงด้วยการกำกับดูแลให้มีการใช้อำนาจผูกขาดแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ซึ่งตรงกับแนวทางของหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐฯ ในปัจจุบันที่มีต่อพฤติกรรมร่วมกันจัดตั้งมาตรฐานการเชื่อมต่อของกลุ่มผู้ประกอบการ (ซึ่งเป็นการสร้างเครือข่ายแบบ virtual network ขึ้น) ดังภาพ





ปัญหาความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายสิทธิบัตรและกฎหมายการแข่งขันนี้เป็นเรื่องของนโยบายของรัฐที่จะยอมรับอำนาจผูกขาดที่เกิดจากการใช้สิทธิบัตรในระดับใด<sup>9</sup> นั่นคือในปัญหานี้เป็นเรื่องที่รัฐจะเข้าไปจำกัดสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อแก้ไขปัญหาการเข้าถึงเครือข่ายที่ผูกขาด แต่จะจำกัดให้ได้รับความคุ้มครองในระดับใด และด้วยวิธีใดนั้นงานวิจัยชิ้นนี้จะได้ศึกษารายละเอียดจากนโยบายของหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของประเทศสหรัฐฯ ในบทต่อไป ดังที่เห็นแล้วว่าระดับความรุนแรงของการผูกขาดอันเกิดจากการใช้สิทธิตามกฎหมายสิทธิบัตรเพียงอย่างเดียวยังมีน้อยกว่ากรณีการผูกขาดเบ็ดเสร็จอันเกิดจากผลของเครือข่ายร่วมกับการใช้สิทธิตามกฎหมายสิทธิบัตร ฉะนั้นระดับการยอมรับอำนาจผูกขาดที่เกิดจากการใช้สิทธิบัตรในกรณีหลังนี้จึงไม่อาจยอมรับได้ในระดับเดียวกับการผูกขาดโดยกฎหมายสิทธิบัตรตามปกติ

ความแตกต่างระหว่างการผูกขาดโดยผลของเครือข่ายและการผูกขาดโดยผลของกฎหมายสิทธิบัตรในประการหนึ่งคือ สิทธิแต่ผู้เดียว (exclusive rights) หากไม่มีกฎหมายให้การรับรองแล้ว บุคคลนั้นก็ไม่มีสิทธิกีดกันบุคคลอื่นไม่ให้ใช้สิ่งประดิษฐ์ได้ เพราะการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเรื่องที่รัฐต่างๆ ต้องออกกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองภายในเขตอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เรียกว่า “หลักดินแดน” (Territoriality Principle) กล่าวคือ ความเป็นเจ้าของสิทธิจึงเป็นที่รับรองกันแต่เฉพาะในประเทศที่ออกกฎหมายรับรองสิทธิเท่านั้น เจ้าของสิทธิไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลทั้งโลกได้ เช่น สิทธิในทรัพย์สินทั่วไป ดังนั้น หากผู้ประดิษฐ์มิได้ยื่นขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรในประเทศใดก็จะไม่สามารถใช้สิทธิหวงกันสิ่งประดิษฐ์ในประเทศนั้นได้ (ยกเว้นสหภาพยุโรปที่มี “อนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป” (European patent convention) เพื่อจัดความซ้ำซ้อนในขั้นตอนการขอรับสิทธิบัตร โดยจัดตั้ง “สำนักงานสิทธิบัตรยุโรป” (European patent office) ทำหน้าที่เป็นผู้ออกสิทธิบัตรแทนประเทศสมาชิก ทำให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรไม่ต้องยื่นขอรับสิทธิบัตรเป็นรายประเทศ) ในทางปฏิบัติ กระบวนการเพื่อขอรับความคุ้มครองในสิทธิบัตรในประเทศต่างๆ โดยทั่วไปแล้ว ตั้งแต่การยื่นคำขอรับสิทธิบัตรต่อสำนักงานสิทธิบัตรของแต่ละประเทศ การตรวจสอบคุณสมบัติของการประดิษฐ์ กระบวนการเหล่านี้ไม่เพียงแต่เป็นสิ่งยุ่งยากและต้องใช้เวลาดำเนินการเป็นเวลานาน แต่ยังเป็นค่าใช้จ่ายจำนวนมหาศาลเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตรจากประเทศต่างๆ ทั่วโลก ดังนั้นผู้ประดิษฐ์ส่วนใหญ่จึงมักเลือกที่จะยื่นขอรับสิทธิบัตรในประเทศที่เขาคิดว่าจำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองเท่านั้น ต่างจากการผูกขาดโดยผลของเครือข่ายที่อาจแพร่หลายไปได้ทั่วโลก โดยเฉพาะในยุคโลกไร้พรมแดน (Globalization) ที่ตลาดระดับโลกมีความสำคัญมากขึ้น สินค้าและบริการจึงมักมุ่งหมายให้เป็นเครือข่ายหรือมาตรฐานที่ใช้กันในระดับโลก (global network or global standard) มากกว่าจะ

<sup>9</sup> สุกฤษณ์ ลาภวิโชค, "ปัญหาความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายสิทธิบัตรและกฎหมายป้องกันกรผูกขาด", วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533

เป็นเพียงเครือข่ายหรือมาตรฐานระดับชาติ อันจะทำให้เครือข่ายที่ได้รับความนิยมในประเทศหนึ่ง อาจขยายความนิยมไปสู่ประเทศอื่นได้โดยง่าย

### 1.1.3 การรวมกลุ่มของผู้ทรงสิทธิบัตรเพื่อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน (patent pool)

เป็นพฤติกรรมที่ผู้ทรงสิทธิบัตรตั้งแต่สองรายเป็นต้นไป มีข้อตกลงร่วมกันไม่ว่าจะเป็น ลายลักษณ์อักษรหรือโดยปริยายก็ตาม เพื่อนำเทคโนโลยีซึ่งได้รับ "สิทธิแต่เพียงผู้เดียว" จาก กฎหมายสิทธิบัตร นำมาไว้รวมกันเป็นกองกลาง เพื่อประโยชน์ที่สมาชิกหรือบุคคลภายนอกจะนำ เทคโนโลยีตามสิทธิบัตรที่ต้องใช้ประกอบร่วมกัน (complementary patents) สามารถขออนุญาตใช้ สิทธิได้ในข้อตกลงเพียงฉบับเดียว (package licensing) เพื่อนำไปใช้งานได้โดยสะดวกเพราะไม่ ต้องขออนุญาตจากผู้ทรงสิทธิบัตรเป็นรายๆไป และยังช่วยแก้ปัญหาสิทธิบัตรปิดกั้นการใช้ ประโยชน์ของสิทธิบัตรอื่น (blocking patent) อีกด้วย อย่างไรก็ตาม การทำข้อตกลงดังกล่าวอาจถูก ใช้เป็นเครื่องมือเพื่อการสร้างและรักษาอำนาจผูกขาดให้แก่บรรดาผู้ทรงสิทธิบัตรได้ อย่างเช่น การ ทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันเพื่อลดการแข่งขันระหว่างสิทธิบัตรลง การสร้างอำนาจต่อรองจาก การรวมกลุ่ม การกีดกันบุคคลภายนอกไม่ให้สามารถใช้สิทธิบัตรภายในกลุ่ม อันจะส่งผลต่อเนื้อ ใจอย่าง การกำหนดราคาสินค้าทั้งในแนวนอน (horizontal price fixing) และในแนวตั้ง (vertical price fixing) และการกำหนดเงื่อนไขการอนุญาตใช้สิทธิบัตรเป็นแบบแพ็คเกจ เป็นต้น

ถึงแม้การร่วมกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อ เมื่อผนวกกับสิทธิเด็ดขาดในทรัพย์สินทาง ปัญญาและการรวบรวมทรัพย์สินทางปัญญาไว้ด้วยกันจะดูเหมือนก่อให้เกิดปัญหาด้านการผูกขาดที่ ร้ายแรงและน่าจะเป็นสิ่งที่กฎหมายการแข่งขันไม่ให้การยอมรับ แต่จากการศึกษากลับพบว่า รูปแบบการกระทำดังกล่าวสามารถเป็นผลดีต่อการแข่งขันได้ หากมีการควบคุมการจัดการที่ดี เพียงพอ ในงานวิจัยฉบับนี้จะพยายามแสดงให้เห็นว่าพฤติกรรมการร่วมกันกำหนดมาตรฐาน การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและการรวบรวมทรัพย์สินทางปัญญาเข้าไว้ด้วยกันอย่างไรจึงจะเป็น จึงเป็นประโยชน์ต่อการแข่งขัน กฎหมายในต่างประเทศและของประเทศไทยมีบทบาทอย่างไรกับ พฤติกรรมเหล่านี้ พร้อมทั้งจะเสนอแนะแนวทางการแก้ไขและใช้กฎหมายให้เหมาะสมเป็น ประโยชน์ต่อสังคมส่วนรวมให้มากที่สุด

โดยจะเริ่มจากการศึกษาแนวความคิดที่อยู่เบื้องหลังการใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและ กฎหมายการแข่งขันทางการค้า กฎหมายที่เกี่ยวข้องและจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกับมาตรฐาน DVD ซึ่งเป็นมาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้ที่ถูกกำหนดขึ้น โดยกลุ่มของผู้ประกอบการที่ได้รับ การพิจารณาว่าให้ผลเป็นการส่งเสริมต่อการแข่งขันและก่อประโยชน์ให้แก่สังคมและผู้บริโภค

## 1.2 สมมติฐานของการวิจัย

กฎหมายของประเทศไทยยังไม่เปิดช่องให้ผู้ประกอบการในประเทศไทยเข้าร่วมพัฒนา มาตรฐานการเชื่อมต่อและมาตรฐานความเข้ากันได้ และไม่เปิดช่องให้ผู้ประกอบการในประเทศไทยสามารถเข้าถึงมาตรฐานเพื่อนำไปใช้ได้ใช้อย่างยุติธรรม

## 1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดและพฤติกรรมการรวมตัวของบรรดาผู้ประกอบการในอุตสาหกรรม อิเล็กทรอนิกส์ในการกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อและมาตรฐานความเข้ากันได้
2. เพื่อศึกษาข้อดีและข้อเสียที่เกิดจากพฤติกรรมการรวมตัวของบรรดาผู้ประกอบการใน อุตสาหกรรมอิเล็กทรอนิกส์ในการกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อและมาตรฐานความเข้า กันได้
3. เพื่อศึกษาแนวทางแก้ไขผลกระทบจากการรวมตัวของบรรดาผู้ประกอบการใน อุตสาหกรรมอิเล็กทรอนิกส์ในการกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อและมาตรฐานความเข้า กันได้

## 1.4 ขอบเขตของการวิจัยและวิธีการวิจัย

การวิจัยเป็นการวิจัยเอกสาร โดยการรวบรวม ศึกษาและวิเคราะห์ข้อมูลจากหนังสือ บทความ กฎหมาย คำพิพากษา ตลอดจนทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์และข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทย และต่างประเทศ

## 1.5 ประโยชน์ที่จะได้รับจากการวิจัย

1. เพื่อให้ทราบแนวคิดและพฤติกรรมการรวมตัวของบรรดาผู้ประกอบการในอุตสาหกรรม อิเล็กทรอนิกส์ในการกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อและมาตรฐานความเข้ากันได้
2. เพื่อให้ทราบข้อดีและข้อเสียที่เกิดจากพฤติกรรมการรวมตัวของบรรดาผู้ประกอบการใน อุตสาหกรรมอิเล็กทรอนิกส์ในการกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อและมาตรฐานความเข้ากัน ได้

3. เพื่อให้เกิดแนวความคิดในการแก้ไขผลกระทบจากการรวมตัวของบรรดาผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมอิเล็กทรอนิกส์ในการกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อและมาตรฐานความเข้ากันได้



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บทที่ 2

### กฎหมายการแข่งขันทางการค้าและแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์

#### 2.1 ความสำคัญของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม

ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมทำให้เสรีภาพแก่ปัจเจกชนในการเลือกผลิตสินค้าหรือบริการใดๆ ที่ตนเห็นว่าตอบสนองต่อความต้องการของผู้บริโภคได้สูงสุด ทำให้การผลิตสินค้าหรือบริการถูกควบคุมโดยกลไกตลาดโดยรัฐจะเข้าไปแทรกแซงให้น้อยที่สุด ตามแนวคิดของ Adam Smith ซึ่งได้ตีพิมพ์ผลงานชื่อ “The wealth of nations” ในปี ค.ศ.1776 อธิบายการทำงานของระบบเศรษฐกิจว่า ในขณะที่ผู้บริโภคต้องการซื้อสินค้าในราคาถูกลง ผู้ผลิตกลับต้องการขายสินค้าในราคาแพงแรงผลักดันที่ขัดแย้งกันดังกล่าวนี้จะก่อให้เกิด “มือที่มองไม่เห็น” (Invisible hand) อันได้แก่ “กลไกตลาด” (market mechanism) ที่จะทำให้การจัดสรรทรัพยากรมีประสิทธิภาพสูงสุด กลไกตลาดจะทำงานได้ดีก็ต่อเมื่อปราศจากการแทรกแซงของ “มือที่มองเห็น” (Visible hand) ซึ่งก็คือรัฐบาล<sup>1</sup> ในระบบนี้จึงเน้นบทบาทของเอกชนในการเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตและการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจอย่างเสรีที่จะใช้ทรัพยากรตามที่ตนเห็นสมควร\* ส่งเสริมการแข่งขันกันทำเพื่อสร้างความชำนาญเฉพาะด้านและการทำการค้าระหว่างประเทศตามหลักความได้เปรียบในการผลิต เมื่อผนวกกับเกิด “การปฏิวัติอุตสาหกรรม” (Industrial revolution) ในประเทศอังกฤษ ด้วยการนำความรู้ทางวิทยาศาสตร์ที่ค้นพบในช่วงศตวรรษที่ 16-17 มาใช้ในด้านเกษตรกรรม อุตสาหกรรมการค้า การขนส่ง ทำให้รายได้ต่อบุคคล (per capita GNP) ของอังกฤษในปลายศตวรรษที่ 18 เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วต่อเนื่องตามลักษณะของความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจที่ทันสมัย (modern economic growth) มีความก้าวหน้าทางวัตถุ (material progress) อันเป็นสัญลักษณ์ของความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ (economic progress) ตามมาเป็นอันมาก และสังคมแบบดั้งเดิม (traditional society) กลายเป็นสังคมสมัยใหม่ (modern society)

<sup>1</sup> ชัยวุฒิ ชัยพันธุ์, “หลักและทฤษฎีเศรษฐศาสตร์พื้นฐาน”, โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.

\* สาระสำคัญทั้งสองประการนี้ หากถูกแก้ไขในข้อใดข้อหนึ่ง เช่น ความเป็นเจ้าของ ให้รัฐเป็นเจ้าของ บ้าง เอกชนเป็นเจ้าของบ้าง หรือให้รัฐเข้าไปควบคุมเกี่ยวกับการตัดสินใจในการผลิต ก็จะเป็นการแปรระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมเป็นระบบเศรษฐกิจแบบผสม (Mixed economy) แต่ถ้ามีการแก้ไขไปทั้งสองข้อ เช่น ให้รัฐเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตและเป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินใจว่าจะนำปัจจัยการผลิตนั้นไปใช้ในกิจกรรมเศรษฐกิจแบบใดบ้าง ก็จะกลายเป็นระบบเศรษฐกิจสังคมนิยม (Socialism) หรือระบบที่มีการวางแผนจากส่วนกลาง (Centrally planned economy)



ความก้าวหน้าในลักษณะของการเป็นประเทศอุตสาหกรรมที่มีความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างรวดเร็วต่อเนื่องอย่างอังกฤษ ได้แพร่กระจายไปทั่วยุโรปตะวันตกและพื้นที่อื่นๆ เช่น ฝรั่งเศสและสหรัฐอเมริกาในต้นศตวรรษที่ 19 เยอรมัน เนเธอร์แลนด์และเบลเยียมในกลางศตวรรษที่ 19 รวมทั้งสแกนดิเนเวีย แคนาดา และอิตาลีในปลายศตวรรษที่ 19 เป็นต้น

ในช่วงของการปฏิวัติอุตสาหกรรมในยุโรป แนวความคิดทางเศรษฐกิจแห่งสำนักคลาสสิก (Classic school) ได้รับความนิยมนอย่างสูง โดยเชื่อว่าระบบเศรษฐกิจทุนนิยมนั้นสามารถแก้ปัญหาต่างๆได้โดยตัวของมันเอง โดยที่รัฐไม่ต้องเข้าไปแทรกแซง เพราะกฎธรรมชาติ (ซึ่งก็คือ “มือที่มองไม่เห็น” หรือกลไกตลาดนั่นเอง) จะเป็นตัวกำหนดให้เศรษฐกิจดำเนินไปเอง การแทรกแซงของรัฐจะไม่มีผลไปเปลี่ยนแปลงกฎธรรมชาตินี้ ถ้ารัฐเข้าไปแทรกแซงจะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี ควรปล่อยให้ทุกอย่างดำเนินไปตามกฎธรรมชาติ การแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวจะนำไปสู่ผลประโยชน์ของส่วนรวมในที่สุด

อย่างไรก็ตาม การเกิดความเจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็วในยุโรปตะวันตก ได้ก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างนายทุนและผู้ใช้แรงงานขึ้น โดยทั่วไปจนกลายเป็นปัญหาสังคมและนำไปสู่ความต้องการให้มีการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองในประเทศต่างๆแต่ปัญหาก็ไม่ได้รับการแก้ไข และการขยายตัวของอุตสาหกรรมยังก่อให้เกิดการแข่งขันระหว่างประเทศที่มากขึ้น ประเทศต่างๆต้องการขยายผลประโยชน์ของชาติออกไปภายนอกให้มากขึ้น ความขัดแย้งจึงได้กลายเป็นสงครามโลกครั้งที่ 1 (ปี ค.ศ.1914-1918) ขึ้นในที่สุด และหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 1 สิ้นสุดลงก็เกิดปัญหาการว่างงานขึ้นในทุกประเทศ ตามด้วยการเกิดปัญหาเงินเฟ้ออย่างรุนแรงในปี ค.ศ.1923 และเกิดภาวะเศรษฐกิจตกต่ำครั้งใหญ่ (Great depression) ขึ้นทั่วโลกในช่วงทศวรรษ 1930 ทำให้มีการทบทวนแนวความคิดดั้งเดิมที่ว่าถูกต้องและยังใช้ได้หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสิ่งที่เกี่ยวกับการแทรกแซงของรัฐต่อเศรษฐกิจส่วนรวม

บทบาทของรัฐในระบบทุนนิยมเริ่มเด่นชัดขึ้นตั้งเมื่อเกิดภาวะเศรษฐกิจตกต่ำครั้งใหญ่ในช่วงปี ค.ศ.1930-1938 สหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่ได้รับผลกระทบจากเศรษฐกิจตกต่ำมากที่สุด มีโครงการ “ดำเนินงานแบบใหม่” (New Deal) ของประธานาธิบดี Franklin D. Roosevelt แห่งประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ถือเป็นการปฏิวัติทางความคิดครั้งสำคัญทั้งในเชิงเศรษฐศาสตร์และกฎหมาย โดยเข้าแทรกแซงการทำงานของตลาด เช่น การพยายามแก้ไขปัญหาการว่างงานโดยการจัดหางานสาธารณะให้ประชาชนทำ ออกกฎหมายที่มีการกำหนดค่าจ้างแรงงานขั้นต่ำและจำกัดเวลาการทำงานต่อวัน เป็นต้น บทบาทของรัฐบาลกลางในการแก้ปัญหาวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจและบทบาทของรัฐพัฒนาไปมากถึงขนาดเป็นผู้กำหนดโครงสร้างการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ รวมทั้งการออกกฎหมายต่างๆที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจมาใช้บังคับ ทั้งนี้เพราะได้ยอมรับแล้วว่า การเข้าแทรกแซงเศรษฐกิจเอกชนของรัฐบาลนั้นเป็นสิ่งจำเป็น โครงการ New Deal นี้ในแนวคิดเชิงเศรษฐศาสตร์แล้วเป็นไปตามแนวความคิดของ John Maynard Keynes ที่เสนอแนวคิดทางเศรษฐกิจ

เพื่อหาทางแก้ไขปัญหาการว่างงาน โดยให้รัฐเข้าไปแทรกแซงเมื่อตลาดทำหน้าที่ได้ไม่สมบูรณ์หรือมีข้อบกพร่อง และส่งเสริมการใช้จ่ายเพื่อกระตุ้นเศรษฐกิจให้ขยายตัว

การเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 ในช่วงปี ค.ศ.1939-1945 มีผลกระทบโดยตรงต่อการเปลี่ยนแปลงและการปรับตัวของระบบเศรษฐกิจเสรี โดยเฉพาะในด้านบทบาทของรัฐบาลที่เข้าไปควบคุมเศรษฐกิจโดยตรงและมีการวางแผนการใช้ทรัพยากรทางเศรษฐกิจอย่างเคร่งครัดเพื่อแบ่งปันส่วนทรัพยากร ไม่ให้การบริโภคของแนวหลังไปแย่งทรัพยากรที่ใช้เพื่อสงคราม ภายหลังสงครามยุติประเทศเสรีนิยมหลายประเทศได้เล็งเห็นประโยชน์ของการวางแผนการใช้ทรัพยากรจึงนำการวางแผนพัฒนาเศรษฐกิจมาใช้จนทำให้ระบบเศรษฐกิจเสรีภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 นี้มีความแตกต่างไปจากระบบเศรษฐกิจเสรีทางทฤษฎี จนอาจเรียกได้ว่าเป็น “ระบบเศรษฐกิจเสรีในทางปฏิบัติ”

### 2.1.1 องค์ประกอบของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม

องค์ประกอบของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมในเชิงสถาบัน ประกอบไปด้วย<sup>2</sup>

- ทรัพย์สินส่วนบุคคล (Private property) หมายถึงสิทธิที่เอกชนมีในทรัพย์สินของตนเอง และรวมถึงความรับผิดชอบของรัฐบาลที่จะต้องเข้าค้ำประกันสิทธิดังกล่าวให้พ้นจากการถูกละเมิดต่างๆ เพื่อให้เอกชนเกิดกำลังใจในการสะสมและรักษาทรัพย์สินของตนไว้ การมีทรัพย์สินส่วนบุคคลทำให้เกิดการออมทรัพย์ และการออมทรัพย์ก็ทำให้เกิดการสะสมทุนอีกต่อหนึ่ง ทั้งนี้เพราะหากต้องการให้เศรษฐกิจเติบโตจะต้องมีการสะสมทรัพย์ให้มากเพียงพออันจะทำให้มีพัฒนาการอย่างรวดเร็ว

- เสรีภาพในการดำเนินงาน (Freedom of enterprise) เป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าของปัจจัยการผลิตกำหนดว่าจะนำปัจจัยที่มีนั้นไปใช้ในกิจกรรมเศรษฐกิจแบบใดและจะใช้อย่างไร รวมถึงไปถึงเสรีภาพในการทำงานอย่างอื่น เช่น เสรีภาพในการเป็นลูกจ้าง เสรีภาพในการไม่ใช้ทรัพย์สินของตัวเองแต่เอาออกให้เช่า เสรีภาพในการฝากเงินสดไว้กับธนาคารเพื่อเอาดอกเบี้ย เป็นต้น โดยมีปรัชญาพื้นฐานคือ บุคคลแต่ละคนเป็นผู้ตัดสินใจประโยชน์ตนเองได้ดีที่สุด กิจกรรมทุกอย่างที่มนุษย์ทำไปนั้นก็เพื่อแสวงหาผลประโยชน์สูงสุดของตนเอง เช่น การบริโภคก็จะบริโภคสินค้าจนกระทั่งได้ความพอใจสูงสุด ผู้ประกอบการก็จะแสวงหากำไรสูงสุดโดยทำให้ได้รายรับสูงสุด ในขณะที่มีรายจ่ายต่ำสุด

- รัฐ (State) หรือรัฐบาล (Government) แม้ในทางทฤษฎีรัฐไม่ควรเข้ามาแทรกแซงเอกชนในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ แต่ในทางปฏิบัติแล้วหน้าที่หนึ่งที่รัฐที่มีอำนาจอธิปไตยต้องกระทำคือ หน้าที่ในฐานะเป็นคนกลางคอยไกล่เกลี่ยกรณีข้อพิพาท หรือกรณีข้อขัดแย้งระหว่าง

<sup>2</sup> ทิวา เงินขวง, “เศรษฐกิจการเมืองสำหรับนักกฎหมาย”, 2529.

เอกชนต่อเอกชน เพื่อให้สังคมอยู่ได้ด้วยความสะดวกสบาย ดังนั้นรัฐจึงต้องมีบทบาทในการสร้างหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเพื่อให้กลไกตลาดทำงานได้ เช่น การให้สิทธิและคุ้มครองทรัพย์สิน ดูแลความสงบ มีกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม กำหนดสิทธิบัตรอันเกิดจากการประดิษฐ์คิดค้น เป็นต้น บทบาทของรัฐในระบบทุนนิยมเริ่มเด่นชัดขึ้นตั้งเมื่อเกิดภาวะเศรษฐกิจตกต่ำครั้งใหญ่ในช่วงปี ค.ศ.1930-1938 โดยเฉพาะตั้งแต่มีโครงการ “ดำเนินงานแบบใหม่” (New Deal) ของประธานาธิบดี Franklin D. Roosevelt แห่งประเทศสหรัฐอเมริกา ที่พยายามแก้ปัญหาการว่างงาน โดยการจัดหางานสาธารณะให้ประชาชนทำ โดยเน้นบทบาทของรัฐบาลกลางในการแก้ปัญหาวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจ และบทบาทของรัฐก็ได้พัฒนาไปมากถึงขนาดเป็นผู้กำหนดโครงสร้างการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ รวมทั้งการออกกฎหมายต่างๆที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจมาใช้บังคับ

- ตลาดที่มีการแข่งขัน (Competitive market) ทำหน้าที่ก่อให้เกิด “อุปสงค์” (demand) และ “อุปทาน” (supply) เพื่อเป็นสิ่งกำหนดการผลิต กล่าวคือ ตลาดมีความต้องการอะไร ผู้ผลิตก็จะผลิตสินค้าหรือบริการเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของตลาดนั้น และยังทำหน้าที่เหนี่ยวนำการใช้เสรีภาพในการดำเนินงานและการแสวงหาประโยชน์ของบุคคล ทำหน้าที่ปกป้องคุ้มครองทั้งผู้ผลิตและผู้บริโภคเพื่อให้ตลาดปลอดพ้นจากการผูกขาดและการแทรกแซงของรัฐ ทำให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรี สาเหตุสำคัญของการแข่งขันคือ ต้องมีผู้ซื้อ ผู้ขายจำนวนมากในตลาดซื้อขายสินค้า ทำให้ผู้ซื้อและผู้ขายสินค้าแต่ละคนเป็นเพียงส่วนน้อยเมื่อเทียบกับจำนวนผู้ซื้อและผู้ขายทั้งหมดในตลาด ทำให้บุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดไม่สามารถกำหนดราคาตลาด (market price) ได้ เพราะราคาตลาดจะเกิดจากการตกลงใจของคนทั้งตลาดพร้อมๆกันผู้ขายทุกคนขายสินค้าที่มีลักษณะเหมือนกันทุกประการ (homogeneous) ทำให้ผู้ซื้อจะไม่พึงพอใจสินค้าของผู้ขายคนใดมากไปกว่าสินค้าของผู้ขายคนอื่น ๆ ผู้ซื้อและผู้ขายต่างไม่มีบทบาทส่งผลกระทบต่อซึ่งกันและกัน จึงสามารถปล่อยให้มีการแข่งขันโดยเสรี ทรัพยากรในระบบเศรษฐกิจสามารถเคลื่อนย้ายไปยังแหล่งผลิตอื่น ๆ ตามที่ต้องการ ตลาดลักษณะเช่นนี้จึงปราศจากการผูกขาดและไม่จำเป็นต้องมีการแทรกแซงโดยรัฐ เรียกว่า “การแข่งขันอย่างสมบูรณ์” (Perfect competition) แต่ในความเป็นจริงตลาดที่มีการแข่งขันอย่างสมบูรณ์นั้นมีอยู่แต่ในอุดมคติเท่านั้น เพราะตลาดที่เป็นจริงมักจะมีการผูกขาดเจือปนอยู่ไม่มากนักน้อย เรียกว่า “การแข่งขันที่ไม่สมบูรณ์” (Imperfect competition)\* ซึ่งยังแบ่งออกได้เป็น ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด ตลาดผู้ขายน้อยราย และตลาดผูกขาด ในการพิจารณาว่า

---

\* กล่าวโดยสรุป เราสามารถแบ่งตลาดออกได้เป็น 4 ประเภทคือ

- ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ (perfect competition)
- ตลาดผูกขาด (monopoly)
- ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด หรือตลาดผู้ขายมากราย (monopolistic competition)
- ตลาดผู้ขายน้อยราย (oligopoly)

ตลาดหนึ่งเป็นตลาดชนิดใดมีปัจจัยหลายประการที่ต้องพิจารณา ปัจจัยหนึ่งคือ การพิจารณาว่าตลาดถูกควบคุมโดยหน่วยธุรกิจเพียงไม่กี่รายหรือไม่ การวัดลักษณะของตลาดในประเด็นนี้ นักเศรษฐศาสตร์ใช้ดัชนี 2 ตัว เพื่อวัดอัตราการกระจุกตัวในตลาด<sup>3</sup> ได้แก่ อัตราการกระจุกตัวของหน่วยธุรกิจรายใหญ่ 4 ราย\* (four-firm concentration ratio หรือ CR) และดัชนี Herfindahl-Hirschman\*\*

ตามทฤษฎีของระบบเศรษฐกิจทุนนิยม ถ้ามองในเชิงสถาบันแล้ว สถาบันการแข่งขันนี้มีบทบาทสำคัญเป็นกลไกสำคัญที่สุดของระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม เพราะในกรณีที่มีการแข่งขันอย่างบริสุทธิ์ปราศจากการผูกขาดหน่วยการผลิต หรือสถานประกอบการที่ผลิตสินค้าประเภทเดียวกันจำนวนมากๆ และมีขนาดเล็กมากจนไม่มีความหมาย ซึ่งผู้ผลิตจะนำสินค้าของตนมาเสนอขายในตลาดที่มีกลไกตลาดทำหน้าที่อยู่

### 2.1.2 เจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขัน

เนื่องจากตลาดที่มีการแข่งขันเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนี้เอง ที่ทำให้จำเป็นต้องมีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อทำหน้าที่ส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในตลาดการค้าและช่วยกำจัดการผูกขาดตัดตอนให้หมดสิ้นไป อย่างไรก็ดี กฎหมายการแข่งขันอาจมีขึ้นเพื่อ

<sup>3</sup> Robin Bade และ Michael Parkin (แปลโดย จุฬามาศ ทวีไพบูลย์วงษ์) "Foundation of Microeconomics (เศรษฐศาสตร์จุลภาค)" สำนักพิมพ์เพียร์สัน เอ็ดดูเคชั่น อินโดไชน่า จำกัด, 2548.

\* เป็นค่าร้อยละของมูลค่าการขายของหน่วยธุรกิจรายใหญ่ที่สุด 4 รายในอุตสาหกรรมหนึ่ง อัตราการกระจุกตัวมีช่วงจากเกือบเป็นร้อยละ 0 สำหรับตลาดแข่งขันสมบูรณ์ ถึงร้อยละ 100 สำหรับตลาดผูกขาด ซึ่งเป็นขอบเขตระหว่างตลาดผู้ขายน้อยรายกับตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด อัตราส่วนนี้เป็นตัวหลักในการประเมินโครงสร้างตลาด อัตราการกระจุกตัวที่ต่ำกว่าแสดงถึงตลาดที่มีการแข่งขันสูง และอัตราการกระจุกตัวที่สูงแสดงว่ามีการแข่งขันน้อย

\*\* ออกเสียงว่า "เฮอร์-ฟิน-ดัล เฮอร์ทซ์-แมน" หรือเรียกว่า HHI คือค่ากำลังสองของร้อยละของส่วนแบ่งตลาดของหน่วยธุรกิจแต่ละรายในตลาด 50 รายรวมกัน (หากมีหน่วยธุรกิจในตลาดน้อยกว่า 50 ราย ให้ใช้ทุกราย) ในตลาดแข่งขันสมบูรณ์ HHI จะมีค่าน้อย ในขณะที่ตลาดผูกขาด HHI จะมีค่าเป็น 10,000 เพราะผู้ผูกขาดมีส่วนแบ่งตลาดคิดเป็นร้อยละ 100 ดัชนี Herfindahl-Hirschman ได้รับความนิยมนอย่างมากในการวัดระดับการแข่งขันในช่วงทศวรรษที่ 1980 เมื่อกระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาได้ใช้ดัชนีนี้ในการจำแนกตลาดในการพิจารณาข้อควรรวมกิจการ



วัตถุประสงค์อื่นๆได้อีก โดยอาจประมวลเจตนารมณ์สำคัญของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ดังนี้ (Whish 1993: 13)<sup>4</sup>

1. เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภคให้ปลอดจากการใช้อำนาจผูกขาดของผู้ประกอบธุรกิจ เป็นเครื่องประกันว่า ผู้ประกอบธุรกิจจะไม่สามารถเอาเปรียบผู้บริโภค ด้วยการร่วมมือกันกำหนดราคาสินค้าที่ไม่เป็นธรรม หรือจำกัดปริมาณสินค้าในตลาด

2. เพื่อกระจายความมั่งคั่งไปสู่ประชาชนส่วนใหญ่ในสังคม ส่งเสริมความเท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจ โดยป้องกันมิให้ทุนและการผลิตจำนวนมากต้องตกอยู่ภายใต้การครอบงำของผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งรายใด

3. เพื่อคุ้มครองผู้ประกอบธุรกิจรายย่อยมิให้ถูกกำจัดออกไปจากตลาด หรือถูกครอบงำกิจการโดยผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่

4. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าอาจถูกใช้เพื่อสนับสนุนนโยบายอย่างอื่นของรัฐ เช่น เพื่อแก้ปัญหาการว่างงาน ปัญหาเงินเฟ้อ เป็นต้น หรือบทบัญญัติควบคุมการควบกิจการ (merger control) ก็สามารป้องกันมิให้บริษัทต่างชาติเข้าครอบงำกิจการขององค์กรธุรกิจในประเทศได้ และในสหภาพยุโรป ยังทำหน้าที่ส่งเสริมการรวมตัวเป็นตลาดเดียว (single market integration) ของสหภาพยุโรป ด้วยการทำหน้าที่ควบคุมและป้องกันการกระทำใดๆที่จะทำให้เกิดการแบ่งปันตลาดการค้าในตลาดรวมอีกด้วย

แต่ว่า แม้อินอดีตที่ผ่านมา นั้น กฎหมายการแข่งขันมีขึ้นเพื่อเป้าหมายหลายประการด้วยกัน เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น ได้ใช้กฎหมายการแข่งขันเพื่อปกป้องผู้ประกอบการภายในประเทศจากการแข่งขันจากภายนอกประเทศ เพื่อปกป้องผู้ประกอบการที่มีขนาดเล็กจากผู้ประกอบการที่มีขนาดใหญ่และมีประสิทธิภาพมากกว่า อย่างไรก็ตาม เมื่อเวลาผ่านไป ประเทศต่างๆก็ให้เห็นพ้องต้องกันแล้วว่าเป้าหมายสูงสุดเพียงอย่างเดียวของการใช้กฎหมายการแข่งขันควรจะเป็นไปเพื่อเพิ่มพูนความผาสุกของผู้บริโภค (to enhance consumer welfare) และการแข่งขันก็เป็นวิธีการที่ดีที่สุดที่จะเพิ่มพูนความผาสุกของผู้บริโภคได้ เพราะการแข่งขันจะนำมาซึ่งราคา (price) คุณภาพ (quality) และทางเลือกของผู้บริโภค (consumer choice) ที่ได้ผลดีที่สุด

## 2.2 ลักษณะของข้อห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

บทบัญญัติในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าสามารถจำแนกประเภทได้เป็น 2 ประการ คือ

<sup>4</sup> อ้างถึงใน จักรกฤษณ์ วรรณ, "สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์", สำนักพิมพ์นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2544. หน้า 364-365.



2.2.1 ลักษณะที่เป็นข้อห้ามโดยตัวเอง (per se rule) กฎหมายจะบัญญัติถึงการกระทำที่ถือเป็นความผิดตามกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเหตุผลในการกระทำของผู้กระทำ เพราะผลของการกระทำนั้นถือว่าเป็นอันตรายต่อระบบการแข่งขัน เพียงแต่ใจทักสามารถพิสูจน์ได้ว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ศาลก็จะพิจารณาว่าจำเลยมีความผิดโดยที่จำเลยไม่อาจนำสืบโต้แย้งได้ว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำที่มีได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจสังคมแต่อย่างใด บทกฎหมายลักษณะนี้จึงไม่จำเป็นที่ผู้กระทำต้องมีเจตนาเพื่อให้เกิดผลเป็นการจำกัดการแข่งขัน การกระทำในลักษณะที่ถือเป็นความผิดเช่นนี้จึงมักเป็นพฤติกรรมที่อันตรายอย่างแน่นอน เช่น การร่วมกันกำหนดราคา การตกลงร่วมกันไม่ติดต่อธุรกิจกับคู่แข่ง ชับปลายเออร์หรือลูกค้ารายใด การตกลงแบ่งสรรตลาดระหว่างกัน การตกลงกันเพื่อจำกัดการผลิต การขายพ่วงสินค้า เป็นต้น บทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าลักษณะเช่นนี้จะตีกรอบของกฎเกณฑ์ ขั้นตอน และกฎระเบียบเกี่ยวกับการป้องกันผูกขาดโดยละเอียดและชัดเจน ผู้บริหารกฎหมายจะไม่มีดุลยพินิจเพื่อพิจารณาเป็นรายกรณี ทำให้กฎหมายลักษณะนี้กระด้างและไม่ยืดหยุ่น แต่มีข้อดี คือ มีความเสมอภาคในการใช้บังคับกฎหมายเพราะอำนาจแห่งดุลยพินิจของผู้บริหารกฎหมายมีค่อนข้างจำกัด

สรุปข้อดีของหลักความผิดโดยตนเอง (per se rule)

- มีความสะดวกในการปรับใช้กฎหมาย
- มีเส้นแบ่งลักษณะการกระทำที่เป็นความผิดชัดเจน ซึ่งเหมาะสมกับความผิดที่มีโทษทางอาญา
- ความชัดเจนทำให้สามารถทำนายผลของการกระทำได้ล่วงหน้าว่าเป็นความผิดหรือไม่ ข้อเสียของหลักความผิดโดยตนเอง
- สูญเสียโอกาสที่จะอธิบายถึงเหตุผลในการส่งเสริมการแข่งขันและเจตนาของผู้กระทำ
- การกำหนดให้เป็นความผิดโดยตนเอง ค่อนข้างกระด้างและปราศจากเหตุผลรองรับที่ดี

2.2.2 ลักษณะกฎหมายที่ยึดหลักของเหตุผล (rule of reason) บทบัญญัติที่นอกเหนือจากบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นข้อห้ามโดยตัวเอง (per se rule) ดังกล่าวแล้ว ผู้บริหารกฎหมายจะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แวดล้อมต่างๆ รวมถึงเหตุผลสนับสนุนทางการประกอบธุรกิจมาประกอบการพิจารณาว่าการกระทำนั้นๆ ส่งผลเป็นอันตรายต่อการแข่งขันในตลาดหรือไม่ เพียงใดเพื่อที่จะตัดสินใจว่าควรห้ามการปฏิบัติดังกล่าวหรือไม่ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในลักษณะนี้จึงบัญญัติไว้อย่างกว้างๆ เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้บริหารกฎหมายสามารถใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาความเหมาะสมของพฤติกรรมของผู้ประกอบการแล้วแต่กรณี โดยเปิดกว้างให้ผู้บริหารกฎหมายสามารถใช้บรรทัดฐานอื่นๆ ประกอบในการพิจารณาคำวินิจฉัยมาตรการป้องกันการผูกขาด เช่น ผลของการกระทำที่ส่งผลให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาด ตลอดจนเป้าหมายทางด้านสังคม ทางด้านการจ้างงาน เป็นต้น ทำให้ผู้บริหารกฎหมายสามารถใช้อำนาจดุลยพินิจตามความ

เหมาะสมกับกรณีโดยไม่ต้องมีการแก้ไขกฎหมาย แต่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในลักษณะนี้อาจทำให้การบังคับใช้กฎหมายขาดความสม่ำเสมอ ไม่สามารถคาดหมายได้และเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางของผู้บริหาร

## 2.3 ระบบกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ข้อกำหนดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะเป็นข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างของตลาด เช่น การควบรวมธุรกิจ (merger) การผูกขาด(monopoly) สถานะการมีอำนาจเหนือตลาด (dominant -market position) และการกระจุกตัว (concentration) และข้อกำหนดเกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาด เช่น การสมรู้ร่วมคิด (collusion) การกำหนดราคาขายให้เท่ากัน (price fixing) และการกำหนดราคาขายต่ำ (predatory pricing) กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงสามารถจำแนกออกได้เป็น 2 ระบบใหญ่ คือ

2.3.1 ระบบควบคุมโครงสร้างของตลาด (Structure control) เป็นระบบที่ห้ามการกระทำอันมีลักษณะเป็นการผูกขาดและพยายามป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาดหรือสร้างอำนาจตลาดขึ้นมาได้โดยการสกัดกั้นหรือควบคุมผู้ประกอบการอย่างเข้มงวด และหากปรากฏว่ามีการผูกขาดเกิดขึ้นก็จะต้องมีการทำลายเพื่อลดอำนาจการผูกขาดลง เพราะเชื่อว่าผลเสียหายอย่างร้ายแรงอันเกิดจากการผูกขาดย่อมไม่อาจจะมีการควบคุมได้ตราบดีที่สภาพการผูกขาดยังคงมีอยู่ในตลาดสินค้าและบริการนั้น ระบบควบคุมโครงสร้างของตลาดนี้จึงเป็นระบบที่เหมาะสมกับประเทศที่มุ่งให้มีการแข่งขันกันเป็นหลัก ตลาดในประเทศมีขนาดใหญ่มีลักษณะเปิดกว้างให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ง่าย สภาพตลาดสินค้าและบริการจะเป็นตลาดที่มีการแข่งขันกันอย่างแท้จริงผู้ประกอบการอาจจะมีอำนาจตลาดอยู่บ้างแต่ไม่ถึงขั้นที่มีอำนาจผูกขาด เนื่องจากมีผู้ประกอบการจำนวนมากรายและสัดส่วนการครอบครองส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการรายใหญ่ค่อนข้างต่ำ

2.3.2 ระบบควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการ (Conduct control) ระบบนี้อยู่บนแนวความคิดที่ว่า การแข่งขันในตลาดไม่ได้นำมาซึ่งประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจและประโยชน์ของสังคมโดยรวมเสมอไป เพราะข้อจำกัดที่เกิดจากปัจจัยด้านสภาพตลาดที่มีขนาดของตลาดเล็ก\* ปริมาณทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด ทำให้การส่งเสริมให้มีแต่การแข่งขันไม่อาจนำมาซึ่งผลดีต่อเศรษฐกิจและสังคมเสมอไป แต่อาจจะสร้างความสูญเสียก็ได้ ในทางกลับกัน การผูกขาดก็สามารถนำมาซึ่งประโยชน์บางประการ นั่นคือ การประหยัดต่อขนาด (economies of scale) ที่จะนำไปสู่การ

---

\* ตลาดจะมีขนาดใหญ่หรือไม่ขึ้น ขึ้นอยู่กับจำนวนประชากรหรือจำนวนผู้บริโภคนั่นเอง เช่น ตลาดประเทศสหรัฐอเมริกามีประมาณ 250 ล้านคน ในขณะที่ตลาดประเทศไทยมีประมาณ 60 ล้านคน

ผูกขาดโดยธรรมชาติ (natural monopoly) ซึ่งเป็นสถานการณ์ที่หน่วยธุรกิจเพียงหน่วยเดียวสามารถทำการผลิตโดยมีต้นทุนเฉลี่ยต่ำกว่าที่หน่วยธุรกิจขนาดเล็กกว่าจำนวนมากจะทำได้ เมื่อการผลิตเกิดการประหยัดต่อขนาดได้ จะเกิดความสิ้นเปลืองหากไม่มีสภาพผูกขาด ดังนั้น การสร้างการแข่งขันในตลาดซึ่งมีการผูกขาดโดยธรรมชาติจึงทำให้เกิดการสูญเปล่า

การประหยัดต่อขนาด\* (economies of scale) ซึ่งจะเกิดขึ้นได้เมื่อสถานประกอบการมีขนาดใหญ่พอและมีประสิทธิภาพการผลิต (Increasing in efficiency) สูง เช่น ประสิทธิภาพของเครื่องจักรสูง ผลิตได้ปริมาณมากและรวดเร็ว ใช้คนงานจำนวนน้อย ประสิทธิภาพของฝ่ายจัดการหรือฝ่ายบริหารที่สามารถทำให้คนงานมีกำลังใจในการผลิตมีสูง ตัวอย่างเช่น การผลิตหนังสือโดยใช้เครื่องพิมพ์ที่มีประสิทธิภาพสูงและพิมพ์ครั้งละมากๆ ต้นทุนการผลิตก็จะต่ำลง (decreasing cost) แต่หากพิมพ์จำนวนน้อยต้นทุนต่อเล่มจะสูงมาก เป็นต้น ทำให้การผลิตสินค้าหรือบริการโดยผู้ประกอบการรายใหญ่เพียงรายเดียวหรือเพียงไม่กี่รายก็เพียงพอต่อความต้องการของผู้บริโภคได้ในระดับหนึ่ง และยังก่อให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจได้เพราะสามารถผลิตสินค้าหรือให้บริการที่มีคุณภาพและราคาอยู่ในระดับต่ำ

ด้วยเหตุนี้ การจะให้มีการแข่งขันโดยสมบูรณ์ที่หน่วยการผลิตหรือสถานประกอบการที่ผลิตสินค้าประเภทเดียวกันต้องมีเป็นจำนวนมาก และมีขนาดเล็กจนจะไม่ได้รับประโยชน์จากการประหยัดต่อขนาด ระบบควบคุมพฤติกรรมจึงยอมรับสภาพการที่อาจมีการผูกขาดทางเศรษฐกิจและไม่มีวัตถุประสงค์จะทำลายผู้มีอำนาจผูกขาดนั้นหากทำให้ผู้บริโภคได้ประโยชน์จากการผูกขาด แต่

---

\* การขยายขนาดการผลิตนั้นสามารถก่อให้เกิดผลที่แตกต่างกันได้ 3 รูปแบบ คือ

1. ขนาดที่ก่อให้เกิดการประหยัด หรือมีผลได้เพิ่มขึ้น (economies of scale หรือ increasing returns to scale) หมายความว่า สถานการณ์ซึ่งเมื่อหน่วยธุรกิจเพิ่มขนาดโรงงานและจำนวนแรงงานที่จ้างในสัดส่วนเดียวกันแล้วทำให้ผลผลิตเพิ่มขึ้นเป็นสัดส่วนที่มากกว่า และต้นทุนทั้งหมดเฉลี่ยของหน่วยธุรกิจลดลง เช่น การขยายขนาดการผลิตของผู้ประกอบการธุรกิจขนส่งด้วยการเพิ่มขนาดและจำนวนรถบรรทุก จะทำให้ขนส่งสินค้าได้มากขึ้นต่อเที่ยว และคนขับทำงานได้ปริมาณงานมากขึ้นในเวลาเท่าเดิม

2. ขนาดที่ก่อให้เกิดการไม่ประหยัด หรือมีผลได้ลดลง (dis-economies of scale หรือ decreasing returns to scale) หมายความว่า สถานการณ์ซึ่งเมื่อหน่วยธุรกิจเพิ่มขนาดโรงงานและจำนวนแรงงานที่จ้างในสัดส่วนเดียวกันแล้วทำให้ผลผลิตเพิ่มขึ้นเป็นสัดส่วนที่น้อยกว่า และต้นทุนทั้งหมดเฉลี่ยของหน่วยธุรกิจเพิ่มขึ้น เช่น ผู้ผลิตที่ขยายการผลิตไปยังต่างประเทศ ต้องมีปัญหาคาการบริหารงาน ไม่สามารถสื่อสารกันในองค์กรได้อย่างมีประสิทธิภาพ นโยบายที่ไม่แน่นอนของรัฐบาลในประเทศที่ไปลงทุน และการต่อต้านจากสหภาพแรงงาน เป็นต้น ทำให้ต้นทุนของผู้ผลิตกลับเพิ่มสูงขึ้นไปกว่าเดิม

3. ขนาดที่ไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงใดๆ (constant returns to scale) หมายความว่า สถานการณ์ซึ่งเมื่อหน่วยธุรกิจเพิ่มขนาดโรงงานและจำนวนแรงงานที่จ้างในสัดส่วนเดียวกันแล้วทำให้ผลผลิตเพิ่มขึ้นเป็นสัดส่วนเดียวกัน และต้นทุนทั้งหมดเฉลี่ยของหน่วยธุรกิจคงที่ ซึ่งก็คือ เส้นต้นทุนทั้งหมดเฉลี่ยในระยะยาวจะอยู่คงที่ แม้ว่าปริมาณผลผลิตจะเปลี่ยนไปจากเดิมก็ตาม

หากไม่มีการควบคุม หน่วยธุรกิจก็จะแสวงหากำไรสูงสุด ดังนั้นระบบนี้จะใช้การควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจผูกขาดหรือผู้มีอำนาจเหนือตลาดไม่ให้มีพฤติกรรมที่เป็นการทำลายการแข่งขัน ด้วยการจำกัดการใช้อำนาจไม่ให้ก่อความเสียหายแก่ผู้บริโภคและผู้ประกอบการรายย่อยที่อยู่ในตลาดเดียวกัน รวมถึงกีดกันผู้ประกอบการรายใหม่ที่จะเข้ามาในตลาด ระบบนี้จึงเป็นระบบที่มุ่งส่งเสริมประสิทธิภาพและพัฒนาเศรษฐกิจ โดยยอมรับการที่ผู้ประกอบการอาจมีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาดจากการมีประสิทธิภาพเหนือกว่าคู่แข่งรายอื่นๆ แต่จะควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดที่มีอยู่โดยมิชอบก่อให้เกิดความเสียหายต่อส่วนรวม

#### มาตรการทางกฎหมายที่ใช้ป้องกันพฤติกรรมผูกขาด

สำหรับมาตรการที่ใช้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบันมักมุ่งเน้นไปที่การควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการเป็นหลักเพราะเป็นมาตรการที่สามารถป้องกันการผูกขาดที่อาจเกิดขึ้น พฤติกรรมที่อาจเป็นการผูกขาดหรือกีดกันการแข่งขันได้แก่ การรวมธุรกิจ (merger) การกำหนดเงื่อนไขการซื้อขายพิเศษ การสมรู้ร่วมคิดลดหรือจำกัดการแข่งขัน (collusion) การร่วมกันกำหนดราคา (price-fixing) การร่วมกันกำหนดราคาประมูล (bid-rigging) หรือการกำหนดราคาขายปลีก (retail price maintenance) เป็นต้น ส่วนมาตรการทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มุ่งเน้นการควบคุมโครงสร้างของตลาดมักจะเกี่ยวข้องกับการรวมธุรกิจ การร่วมทุน หรือการโอนสินทรัพย์ระหว่างกิจการต่างกิจการที่ทำให้เกิดอำนาจทางตลาด ซึ่งอาจเป็นอุปสรรคในการแข่งขันขึ้นในตลาด มาตรการอีกประเภทหนึ่งคือ การกำหนดหรือควบคุมปริมาณและราคาของสินค้าในตลาด ในกรณี que ที่เห็นว่าอุปทานในตลาดต่ำเกินไป หรือราคาสินค้าสูงเกินไปเนื่องมาจากการผูกขาดในตลาด แต่มาตรการดังกล่าวนี้ไม่เป็นที่นิยมใช้ เพราะรัฐมักจะไม่ค่อยมีข้อมูลที่เพียงพอที่จะสามารถยืนยันว่าราคาหรือปริมาณของสินค้าที่กำหนดเป็นปริมาณหรือราคาที่เหมาะสมแล้ว และยังเป็นการเข้าแทรกแซงตลาดโดยตรงซึ่งเป็นการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุและยากต่อการที่จะประสบความสำเร็จอยู่ตลอดไป ดังนั้นมาตรการการกำหนดหรือควบคุมปริมาณและราคาดังกล่าวนี้จึงควรเป็นไปในขณะที่ประสบปัญหาวิกฤตทางเศรษฐกิจ เกิดสภาวะการปั่นป่วนในตลาด ทำให้ตลาดไม่อาจจะสนองตอบต่อความต้องการของสังคมได้มากกว่า

#### 2.4 ทฤษฎีการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจแบบใหม่ (The new economy)



แนวการวิเคราะห์ของสำนักคลาสสิก และนีโอคลาสสิก\* นั้นอธิบายว่า ผลผลิตจะขึ้นอยู่กับปัจจัยการผลิตเพียง 2 ประเภทคือ ทนุ และแรงงาน แต่นักเศรษฐศาสตร์ในเวลาต่อมากลับมีความเห็นว่า ปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจได้นั้น ไม่ใช่ปัจจัยทุนและแรงงาน แต่เป็นความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่ทำให้ผลตอบแทนของการลงทุนสูงขึ้น โดยสม่าเสมอ การพบข้อเท็จจริงที่เป็นการขัดแย้งกับข้อสมมุติต่างๆของสำนักคลาสสิก ทำให้ในตอนต้นของทศวรรษที่ 1980 จึงเริ่มมีการพัฒนาทฤษฎีการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจแบบใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงมากยิ่งขึ้น โดยการพัฒนาทฤษฎีที่สามารถอธิบายการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจระยะยาว โดยไม่ต้องอาศัยข้อสมมุติที่ว่า มีการเปลี่ยนแปลงระดับของเทคโนโลยีจากภายนอกแบบจำลอง (Exogenous technological progress) ของนักเศรษฐศาสตร์ และเห็นว่าเทคโนโลยีหรือความรู้สามารถผลิตขึ้นได้เสมือนการผลิตสินค้า ที่จำเป็นต้องใช้ปัจจัยการผลิต แนวคิดนี้ได้นำไปสู่การพัฒนาทางทฤษฎีในช่วงถัดมาที่เน้นอธิบายที่มาของการพัฒนาทางเทคโนโลยี และการละทิ้งข้อสมมุติตลาดแข่งขันสมบูรณ์ ซึ่งนับเป็นจุดเริ่มต้นของการอธิบายการพัฒนาเทคโนโลยีอย่างแท้จริง ในแบบจำลองการเจริญเติบโตของนักเศรษฐศาสตร์ ซึ่งมีอยู่หลายทฤษฎีด้วยกัน

#### 2.4.1 เศรษฐกิจแบบใหม่กับความเชื่อมโยงสู่นโยบายการแข่งขัน

ในบรรดาทฤษฎีใหม่ที่มีอยู่เป็นจำนวนมาก ทฤษฎีหนึ่งซึ่งมีบทบาทสำคัญและถูกนำมาอ้างอิงถึงเชื่อมโยงกับการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ายุคใหม่อยู่เสมอ ได้แก่ ทฤษฎีที่ว่าด้วยการแข่งขันที่ถูกขับเคลื่อนด้วยนวัตกรรมอย่างต่อเนื่อง ดังที่ปรากฏอยู่ในงานเขียนของ David S. Evans และ Richard Schmalensee<sup>5</sup> (2001) ที่พยายามชี้ให้เห็นถึงลักษณะของการแข่งขันในอุตสาหกรรมใหม่ว่ามีรูปแบบเป็นไปตามแนวคิดของนักเศรษฐศาสตร์สำนัก the Austrian school ซึ่งมีมุมมองต่อการแข่งขันว่าถูกขับเคลื่อนโดยปัจจัยสำคัญ 3 ประการ ได้แก่ นวัตกรรม (innovation) การลงทุน (investment) และความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการ (entrepreneurship) นักเศรษฐศาสตร์ของสำนัก the Austrian school ที่มีชื่อเสียง ได้แก่ นักเศรษฐศาสตร์ชาวออสเตรียชื่อ Joseph A. Schumpeter ที่ได้กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจตลาดกับนวัตกรรม Schumpeter ให้ความสำคัญกับความจำเป็นในการสนับสนุนกระบวนการทางเทคโนโลยี โดยเปรียบเทียบการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการที่ใกล้เคียงกันทั้งสินค้าและระดับเทคโนโลยี เมื่อเทียบกับการแข่งขัน

\* นักเศรษฐศาสตร์กลุ่มนีโอคลาสสิก (Neoclassic) มักจะหมายถึงนักเศรษฐศาสตร์ที่มีผลงานปรากฏอยู่ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ถึงต้นศตวรรษที่ 20 ซึ่งมุ่งให้ความสนใจกับทางด้านอุปทานเป็นหลัก โดยมีความเห็นว่า ความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจจะเกิดขึ้นได้นั้น ขึ้นอยู่กับอัตราการออมหรือการสะสมทุนที่เพิ่มขึ้น

<sup>5</sup> David S. Evans และ Richard Schmalensee, "Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries" NBER working paper 8268, 2001.



ที่อาศัย "สินค้าตัวใหม่ (the new commodity) เทคโนโลยีใหม่ (the new technology) วัสดุการผลิต แหล่งใหม่ (the new source of supply)" เขาเชื่อว่าการแข่งขันในรูปแบบหลังนี้จะมีประสิทธิภาพที่ ดีกว่ามาก การแข่งขันกันโดยการลดราคาสินค้าจะเพิ่มประโยชน์สุขได้น้อยกว่าการแข่งขันกันลด ต้นทุนการผลิตลงไปจำนวนเท่าๆกัน ถึงแม้ผลประโยชน์สุดท้ายของผู้บริโภคจะคล้ายคลึงกัน คือ ซื้อสินค้าได้ในราคาที่ถูกลงเท่าๆกัน แต่การลดต้นทุนการผลิตได้ประโยชน์เพิ่มเติมจากการที่มี ทรัพยากรเหลือไปใช้ทำประโยชน์ทางเศรษฐกิจอย่างอื่นๆได้อีกด้วย ดังนั้น ในระยะยาว ประโยชน์ ที่สังคมได้รับจากการคิดค้นประดิษฐ์สิ่งใหม่ๆขึ้นมาอย่างต่อเนื่องจึงมากกว่าที่จะได้รับจากการ แข่งขันกันด้านราคา<sup>6</sup>

Schumpeter ยังได้กล่าวอีกว่า ความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจจะเกิดจากบทบาทของ ผู้ประกอบการที่นำการเปลี่ยนแปลงใหม่ๆ (innovation) มาใช้ในการผลิต และอธิบายกระบวนการ แข่งขันที่ไม่หยุดนิ่ง (dynamic competition) ว่าเป็นส่วนหนึ่งของ "การทำลายเชิงสร้างสรรค์"<sup>7</sup> (Creative Destruction) สังคมหรือระบบเศรษฐกิจใด หากต้องการพัฒนาไปข้างหน้า และสามารถ สร้างความมั่งคั่งให้เกิดขึ้นได้จริง ๆ นั้น จะต้องเกิดจากการคิดค้นใหม่ๆเพื่อทำลายของเก่า เป็นการ ทำลายตัวเองเพื่อทำให้คนอื่นไล่ตามไม่ทันดังนั้นตัวการสำคัญในการทำให้เกิดการทำลายเชิง สร้างสรรค์คือเทคโนโลยีที่เป็น "นวัตกรรม" อุตสาหกรรมของเศรษฐกิจแบบใหม่จะมีการ เปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีอย่างรวดเร็ว ผู้ประกอบการแข่งขันกันโดยอาศัยการเปิดตัวสินค้าหรือ บริการใหม่ที่ดีกว่าสินค้าเดิมในตลาดอย่างมาก ชัยชนะในการแข่งขันจะส่งผลให้ผู้ประกอบการราย นั้นได้ครอบครองตลาด และอีกไม่นานผู้ประกอบการรายใหม่ก็จะเปิดตัวสินค้าหรือบริการใหม่ที่ ดีกว่าและก้าวเข้ามาเป็นผู้ครอบครองตลาดแทนที่ผู้ประกอบการเดิม การนำเอาของใหม่ที่ดีกว่ามา ทดแทนของเก่า คือกระบวนการของระบบเศรษฐกิจเสรีที่นำความเจริญรุ่งเรืองมาสู่สังคม แต่ใน ขณะเดียวกันก็นำมาซึ่งแรงกดดันและความตึงเครียดมาพร้อมกันด้วย กลไกสำคัญในการแข่งขันจึง อยู่ที่การวิจัยและพัฒนาเพื่อผลิตสินค้าหรือบริการที่ดีกว่าเดิมมากขึ้นจนกระทั่งสามารถแย่งชิงส่วน แบ่งตลาดจากผู้ประกอบการรายเดิมได้ การเกิดนวัตกรรม (innovation) และกิจกรรมความสัมพันธ์ ของผู้ประกอบการ (entrepreneurship) จะสร้างอุตสาหกรรมใหม่ให้เกิดขึ้นและโดยมากจะมีผู้ ผูกขาดเพียงรายเดียว ซึ่งในเวลาต่อมาก็จะถูกแทนที่อีกเช่นเดียวกัน แนวความคิดของนัก เศรษฐศาสตร์สำนัก The Austrian school จึงเชื่อว่ากระบวนการการแข่งขันมีลักษณะเป็นเหตุการณ์ ลำดับต่อเนื่องของ "winner-take-all" การแข่งขันในลักษณะเช่นนี้จึงต้องอาศัยการลงทุนวิจัยและ

<sup>6</sup> OECD, "Application of Competition Policy to High Tech Markets", OCDE/GD(97)44, 1997.

<sup>7</sup> Joseph A. Schumpeter, CAPITALISM, SOCIALISM AND DEMOCRACY 82-85 (Harper, 1975)

(orig. pub. 1942).

\* โปรดดูในบทที่ 1

พัฒนาเพื่อคิดค้นนวัตกรรม ตลอดจนบทบาทของผู้ประกอบการที่จะนำเอานวัตกรรมมาใช้ในการผลิต

David S. Evans และ Richard Schmalensee มีความเห็นว่ากระบวนการทำลายเชิงสร้างสรรค์ (Creative destruction) นี้มีอยู่จริง ไม่เพียงแต่ในอุตสาหกรรมเศรษฐกิจแบบใหม่เท่านั้น แต่เศรษฐกิจของสหรัฐเกือบทั้งหมดก็กำลังเกิดการเปลี่ยนแปลงไปในลักษณะนี้ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ เศรษฐกิจของสหรัฐอเมริกาได้เกิดการเปลี่ยนแปลงมาเป็นระยะเวลากว่า 30 ปี ซึ่งเห็นได้จากการเกิดลักษณะของ “การทำลายเชิงสร้างสรรค์” ที่มีมากขึ้นและการลงทุนในการประดิษฐ์สิ่งใหม่ๆที่เพิ่มมากขึ้น ตัวอย่างของอุตสาหกรรมที่มีลักษณะของเศรษฐกิจแบบใหม่ที่เราเห็นได้ชัดเจนคือ อุตสาหกรรมเทคโนโลยีสารสนเทศ (Information technology industries) ซึ่งเริ่มต้นจากธุรกิจเครื่องคอมพิวเตอร์ Mainframe ของบริษัท Bell system ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ที่ใช้เพื่อการรับส่งข้อมูลในเครือข่ายคอมพิวเตอร์ Bell system ประสบความสำเร็จและเติบโตเป็นอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ในปลายทศวรรษที่ 1970 แต่เมื่อเกิดการพัฒนาอย่างรวดเร็วของหน่วยประมวลผลต้นทุนการให้บริการช่องทางรับส่งข้อมูล (bandwidth) และการพัฒนาของอินเทอร์เน็ต ส่งผลเป็นการสนับสนุนให้เกิดอุตสาหกรรมใหม่ขึ้นอีกจำนวนมาก เช่น อุตสาหกรรมอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ อุตสาหกรรมโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และการทำธุรกิจบนอินเทอร์เน็ต ขึ้นมาแทนที่เป็นต้น อุตสาหกรรมอื่นอีกหลายประเภทที่เกิดขึ้นหรือมีการปรับตัวในช่วงระยะหลังของศตวรรษนี้ก็มีลักษณะของเศรษฐกิจแบบใหม่นี้ด้วยเช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น เครือข่ายการสื่อสารโทรคมนาคมและไบโอเทคโนโลยี เป็นต้น

- รูปแบบการแข่งขันที่ไม่หยุดนิ่งของอุตสาหกรรมในเศรษฐกิจใหม่

ลักษณะของตลาดอุตสาหกรรมใหม่ที่มีการประดิษฐ์สิ่งใหม่ขึ้นมาอย่างรวดเร็ว การแข่งขันกันในอุตสาหกรรมเศรษฐกิจแบบใหม่ส่วนใหญ่จึงมีลักษณะของการแข่งขันในด้านการพัฒนาสินค้ามากกว่าจะเป็นการแข่งขันกันด้านราคา และการแข่งขันนั้นส่วนใหญ่จะเป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการควบคุมตลาด (for the control of market) แทนที่จะแข่งขันกันเพื่อการได้อยู่ในตลาด (within market) รูปแบบของการแข่งขันในอุตสาหกรรมแบบใหม่ ทรัพย์สินทางปัญญามีความสำคัญอย่างยิ่งยวดเนื่องจากเป็นปัจจัยสำคัญเพื่อการได้รับชัยชนะในการแข่งขัน \* ความ

---

\* Robert C Lind (2002) ได้รวบรวมคุณลักษณะของอุตสาหกรรมในเศรษฐกิจแบบใหม่ไว้ 5 ประการ คือ

- งานวิจัยและพัฒนา (R&D) และทรัพย์สินทางปัญญา ถือเป็นทรัพย์สินที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่ออุตสาหกรรม

- เป็นอุตสาหกรรมที่มีผลกระทบจากเครือข่าย (network effects)

- มีต้นทุนคงที่ (fixed costs) และเป็นต้นทุนจม (sunk costs) ในระดับสูง และมีต้นทุนหน่วยสุดท้ายต่ำ

ต้องการเทคโนโลยีที่แพร่หลายประกอบกับความต้องการความสามารถทำงานร่วมกันที่เพิ่มสูงขึ้น และความซับซ้อนทางเทคนิคในการแก้ไขปัญหา เป็นเหตุผลที่ผู้ประกอบการต่างๆต้องการร่วมมือกันกำหนดมาตรฐานขึ้น ตลอดจนรวบรวมทรัพย์สินทางปัญญาที่ต้องใช้เพื่อการปฏิบัติตามมาตรฐานดังกล่าว

Joseph Farrell และ Michael L. Katz (1998) นำเสนอแนวคิดเกี่ยวกับมาตรฐานการเชื่อมต่อและความสามารถทำงานร่วมกันได้ซึ่งสอดคล้องกับการเกิดผลกระทบของเครือข่ายไว้ว่า มาตรฐานเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อให้สินค้าที่ผลิตโดยผู้ผลิตต่างรายกันสามารถทำงานร่วมกันได้ในระบบเดียวกันได้ เมื่อมีมาตรฐานเกิดขึ้น รูปแบบของการแข่งขันแบบดั้งเดิมที่ใช้ราคาและคุณภาพแข่งขันกันจะกลับคืนมา แต่หากไม่ปรากฏมาตรฐานก็จะเกิดปรากฏการณ์ tipping และเกิดการแข่งขันเพื่อครอบครองตลาดทั้งหมดก็เกิดขึ้น

อย่างไรก็ตามสถานการณ์ตามความเห็นดังกล่าวนี้มีได้จำเป็นต้องเกิดขึ้นเสมอไป เพราะถึงแม้มาตรฐานจะถูกกำหนดขึ้นมาแล้วก็ตาม แต่ก็มิได้หมายความว่าผู้ประกอบการจะไม่แข่งขันกันสร้างสินค้าอื่นขึ้นมาแข่งขันกับมาตรฐานนั้น และแม้จะไม่ปรากฏมาตรฐาน ก็มิได้หมายความว่าสินค้าหนึ่งที่ถูกขาดตลาดไว้ได้ทั้งหมด ประเด็นต่างๆอย่างเช่น ระดับความแตกต่างของสินค้าในตลาดก็มีความสำคัญที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเช่นเดียวกัน

#### 2.4.2 การใช้กฎหมายการแข่งขันกับอุตสาหกรรมในเศรษฐกิจแบบใหม่

รูปแบบการแข่งขันในเศรษฐกิจแบบใหม่ที่มัลติลักษณะพิเศษบางประการดังที่ได้อธิบายมาแล้วนั้น มีปัญหาว่ากฎหมายการแข่งขันที่มีอยู่จะเหมาะสมกับสภาพการณ์ในอุตสาหกรรมที่มีลักษณะเช่นนี้อย่างไร ความเห็นที่มีต่อการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับอุตสาหกรรมในเศรษฐกิจใหม่มีด้วยกันหลากหลาย อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายส่วนใหญ่เชื่อว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีอยู่จะสามารถปรับใช้เพื่อให้เข้ากับรูปแบบการแข่งขันในอุตสาหกรรมนี้ได้ และไม่ควรใช้นโยบายยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันในอุตสาหกรรมนี้ (a policy of zero enforcement) แต่การบังคับใช้กฎหมายนั้น ผู้บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันควรใช้ความระมัดระวังและทำความเข้าใจถึงคุณลักษณะพิเศษของอุตสาหกรรมดังกล่าว เช่น ความเห็นของผู้พิพากษา Richard Posner (2000)<sup>8</sup> ของสหรัฐฯซึ่งยอมรับว่ายังมีปัญหาในการปรับใช้กฎหมายการแข่งขันเข้ากับเศรษฐกิจแบบใหม่ แต่ปัญหาดังกล่าวมิได้เกิดจากหลักกฎหมาย (doctrine) หลักกฎหมายของกฎหมายการแข่งขันนั้นมีความยืดหยุ่นและถูกพิจารณาด้วยเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ เพียงพอที่จะ

- 
- มีประเด็นของความเข้ากันได้และมาตรฐานเข้ามาเกี่ยวข้อง
  - มีความซับซ้อนทางเทคนิคในระดับสูง

<sup>8</sup> Richard Posner, "Antitrust in the new economy", 2000.

รับมือกับประเด็นปัญหาการแข่งขันที่เกิดขึ้นในเศรษฐกิจแบบใหม่ แต่ปัญหาที่แท้จริงนั้นอยู่ที่ฝ่ายของสถาบันและหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันซึ่งรวมไปถึงศาลเองด้วย ที่ขาดแคลนข้อมูลทางเทคนิค และการทำหน้าที่ที่ไม่รวดเร็วเพียงพอที่จะรับมืออย่างมีประสิทธิภาพกับภาคเอกชนที่มีความซับซ้อนและมีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว

ในขณะที่นักกฎหมายบางส่วน เช่น ความเห็นของ Thomas M. Jorde และ David J. Teece (1990)<sup>9</sup> ที่มีความเห็นขัดแย้งว่ากฎหมายการแข่งขันในบางประเทศ (เช่น the Sherman Act ของสหรัฐอเมริกาที่ใช้มาตั้งแต่ปี ค.ศ.1840) ที่เกิดขึ้นโดยมีพื้นฐานจากแนวความคิดของสำนักนีโอคลาสสิกที่มีข้อสมมุติอยู่บนตลาดแข่งขันสมบูรณ์นั้น ไม่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจสมัยใหม่ เพราะเศรษฐกิจของอเมริกาและของโลกนั้นมีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก กฎหมายการแข่งขันของสหรัฐจึงเป็นกฎหมายที่ผิดยุคสมัยในบางเรื่อง และอาจเป็นสิ่งขัดขวางการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Thomas M. Jorde และ David J. Teece ได้เสนอแนะว่า หากสังคมต้องการส่งเสริมการแข่งขัน วิธีที่ดีที่สุดก็คือการส่งเสริมการประดิษฐ์สิ่งใหม่ๆ (innovation) ซึ่งเพื่อสิ่งนี้อาจจะต้องทำการรื้อกฎหมายการแข่งขันบางส่วนเสียใหม่ โดยเห็นว่ากรณีที่กฎหมายการแข่งขันมีพื้นฐานจากแนวความคิดของสำนักนีโอคลาสสิกที่มีข้อสมมุติอยู่บนตลาดแข่งขันสมบูรณ์นั้น ไม่สำคัญอะไรหากจุดมุ่งหมายของกฎหมายการแข่งขันคือการส่งเสริมความผาสุกทางเศรษฐกิจในระยะยาว (long-run economic welfare) แต่ Thomas M. Jorde และ David J. Teece มีความเห็นว่า ที่ถูกต้องแล้วสิ่งสำคัญควรจะได้แก่ “การแข่งขันที่ไม่หยุดนิ่ง” (dynamic competition) ที่เป็นการแข่งขันที่เกิดจากการพัฒนาสินค้าหรือกระบวนการผลิตใหม่ๆ ต่างหาก

Thomas M. Jorde และ David J. Teece แบ่งระดับของสิ่งประดิษฐ์ใหม่ออกเป็นสองระดับ คือ การประดิษฐ์เพิ่มเติม (incremental innovation) และการประดิษฐ์ที่เป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ (radical innovation) ในระดับขั้นการประดิษฐ์เพิ่มเติม สินค้าใหม่จะถูกเปิดตัวออกสู่ตลาดอย่างรวดเร็วและต่อเนื่อง สินค้าใหม่จะเข้าแทนที่และผลักดันสินค้าเก่าออกไปจากตลาด ผู้ประกอบการที่แข็งแกร่งก็อาจทรุดโทรมอ่อนแอลงได้หากไม่ก้าวตามเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป อุตสาหกรรมที่เคยปรากฏระดับขั้นการประดิษฐ์เพิ่มเติม เช่น อุตสาหกรรมอากาศยาน อุตสาหกรรมเคมีและอุตสาหกรรมเครื่อง VCR เป็นต้น หากแต่ในการประดิษฐ์ระดับเป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่จะเกิดขึ้น ไม่บ่อยนัก ตัวอย่างของการประดิษฐ์ระดับนี้ได้แก่ การคิดค้น Transistor ขึ้นมาแทนที่หลอดสุญญากาศ (vacuum tube) ซึ่งผลการประดิษฐ์ครั้งนั้นได้ก่อให้เกิดการแข่งขันกันผลิต transistor และนำมาซึ่งประโยชน์ในทางเศรษฐกิจให้เกิดขึ้นมากกว่าเดิมที่การแข่งขันกันผลิตหลอดสุญญากาศยังมีไม่มากนัก

<sup>9</sup> Thomas M. Jorde และ David J. Teece, “Innovation, Dynamic competition, and Antitrust policy” Regulation, 13:3 (Fall 1990), 35-44.



Thomas M. Jorde และ David J. Teece ยังมีความเห็นอีกว่า ในขณะที่ไม่มีการยืนยัน (ในความเป็นจริง ไม่ใช่เพียงในทางทฤษฎี) ว่าการแข่งขันสมบูรณ์ (perfect competition) มีความเหมาะสมสำหรับการส่งเสริมให้มีการประดิษฐ์สิ่งใหม่ๆ แต่นำหนักของข้อมูลในข้อเท็จจริงที่ผ่านมามาอาจทำให้เห็นได้ว่า “โครงสร้างของตลาด” ไม่ว่าจะเป็นตลาดแบบมีการแข่งขันหรือมีการผูกขาดก็ตาม มีผลกระทบต่อการประดิษฐ์สิ่งใหม่เพียงเล็กน้อยเท่านั้น และข้อมูลที่มียังคงแสดงถึงอำนาจผูกขาดที่ผู้ประกอบการมีอยู่นั้นมักจะเป็นอำนาจผูกขาดเพียงชั่วคราว นั่นเป็นเพราะการประดิษฐ์ในระดับเป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ (radical innovation) ส่วนใหญ่มักจะมาจากผู้ประกอบการที่อยู่นอกตลาดเดิม และ โดยทั่วไป ปัญหาการเข้าถึงเครือข่าย(หรือระบบ)ของผู้ผูกขาดเดิม ไม่ใช่เป็นปัญหาใหญ่ที่จะเป็นอุปสรรคต่อความสำเร็จในตลาดของสิ่งประดิษฐ์ใหม่นี้ ในขณะที่โครงสร้างตลาดที่ผูกขาดจะส่งผลกระทบต่อสิ่งประดิษฐ์ในระดับเพิ่มเติม (incremental innovation) บ้างเล็กน้อย

สิ่งประดิษฐ์ใหม่ๆ เป็นปัจจัยหลักในการขับเคลื่อนประสิทธิภาพการผลิตและเพิ่มพูนเศรษฐกิจ ดังนั้น การมุ่งเป้าหมายของการต่อต้านการผูกขาดเพื่อความผาสุกของผู้บริโภคในระยะสั้นจึงอาจเป็นสิ่งที่ผิดพลาด เพราะความผาสุกของผู้บริโภคในระยะยาวจะดีขึ้นก็ต่อเมื่อประสิทธิภาพการผลิตมีมากขึ้น และสิ่งนี้ก็ต้องการเทคโนโลยีใหม่ๆ หากความผาสุกเป็นจุดประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันแล้ว กฎหมายการแข่งขันต้องถูกบัญญัติขึ้นโดยมองล่วงหน้าไปในอนาคต (forward-looking) โดยให้การประดิษฐ์สิ่งใหม่เป็นศูนย์กลาง ไม่เช่นนั้นกฎหมายการแข่งขันอาจจะทำให้ความเจริญทางเศรษฐกิจของประเทศลดลงโดยไม่เจตนาที่เป็นได้

ความเห็นดังกล่าวยังสอดคล้องกับงานเขียนของ Robert W. Rycroft ซึ่งมีความว่าเศรษฐกิจแบบใหม่ (new economy) ที่จะถูกขับเคลื่อนด้วยเทคโนโลยีนั้นเป็นความจริง โดยเทคโนโลยีจะมีความซับซ้อนมากขึ้นทุกวัน Robert W. Rycroft จึงเรียกเทคโนโลยีประเภทนี้ว่า “Complex technologies” การวิจัยและพัฒนาจะมีความซับซ้อนจนเกินความสามารถของการพัฒนาไปเพียงลำพังจะทำได้ ดังนั้น หน้าที่วิจัยและพัฒนานี้จึงควรใช้รูปแบบของ “Self-organizing network” การรวมกลุ่มผู้ประกอบการเป็นเครือข่ายจะเพิ่มขีดความสามารถในการสร้างและถ่ายทอดเทคโนโลยี ข้อมูล ความรู้และความสามารถอื่นๆ ระหว่างกันได้อย่างรวดเร็ว ซึ่งการรวมกลุ่มลักษณะนี้ส่วนใหญ่จะมีลักษณะอย่างไม่เป็นทางการ

Robert W. Rycroft ยังเรียกร้องให้สหรัฐอเมริกาปรับเปลี่ยนนโยบายด้านเทคโนโลยี<sup>10</sup> (technology policy) เพื่อให้สหรัฐสามารถรักษาความเป็นผู้นำในโลกของสิ่งประดิษฐ์ทางเทคโนโลยีไว้ให้ได้ โดยยกตัวอย่างเปรียบเทียบประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศญี่ปุ่น โดย

<sup>10</sup> Robert W. Rycroft, Don E. Kash และ Richard Adams "Technology policy: A fixture on the national agenda" vol. 4(2) p.5-12.



ชี้ให้เห็นว่าได้เปรียบเทียบเนื้อหาสหรัฐในด้านการพัฒนาเทคโนโลยีจากกลุ่มผู้ประกอบการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความได้เปรียบจาก "ความรู้แบบแฝง" (tacit knowledge) ซึ่งหมายถึงความสามารถในเชิงประสบการณ์ (experience) ความชำนาญ (know-how) ของบุคลากรที่ไม่สามารถเขียนออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรและถ่ายทอดให้แก่กันโดยง่าย\* ความรู้แบบแฝงนี้มีความสำคัญมากในกระบวนการคิดค้นสิ่งประดิษฐ์ใหม่ๆ และทำให้ประเทศญี่ปุ่นได้เปรียบกว่าสหรัฐฯ เพราะวัฒนธรรมของประเทศญี่ปุ่นให้ความสำคัญกับกระบวนการพัฒนาต่อยอด (incremental improvement) อย่างต่อเนื่อง ซึ่งได้มาจาก "การกำหนดทิศทางการพัฒนาแบบกลุ่ม" (group-oriented innovation process) ด้วยการรวบรวมความรู้ทั้งที่ชัดเจนและแบบแฝงอยู่ที่กระจัดกระจายให้มารวมกันเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อการพัฒนา (และความรู้ที่ถูกรวบรวมมานั้นส่วนใหญ่ก็เป็นการเลียนแบบมาจากเทคโนโลยีของชาติตะวันตกแล้วนำมาปรับปรุงเพิ่มเติม) ซึ่ง Robert W. Rycroft เห็นว่าเป็นแนวทางการพัฒนาที่ให้ผลเป็นรูปธรรมยิ่งกว่าในสหรัฐอเมริกา และมีแนวโน้มที่นำไปสู่ความได้เปรียบในเชิงการค้า

ตัวอย่างที่แสดงถึงความแตกต่างของวัฒนธรรมการทำงานในประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>11</sup> ที่มีผลต่อการวิจัยและพัฒนา ได้แก่ การพัฒนาสินค้าของบริษัทที่ประสบความสำเร็จในประเทศญี่ปุ่น มักจะเกิดการคาบเกี่ยวและการขยายความร่วมมือระหว่างแต่ละส่วนงานในกลุ่มหรือองค์กร อย่างเช่น บุคลากรในแต่ละทีมงานอาจมีการโยกย้ายไปตามโครงการที่รับผิดชอบในลักษณะคล้ายการเล่นกีฬารักบี้ (Rugby style) เริ่มตั้งแต่ในขั้นตอนเริ่มต้นแนวคิดโครงการ ไปจนถึงตลอดสำเร็จบรรลุผล บางครั้งอาจถึงกับโยกย้ายข้ามแผนกไปตามโครงการในแต่ละขั้นตอน ข้อดีของการโยกย้ายบุคลากรแบบนี้จะช่วยให้สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้ดีขึ้น เพราะได้ผู้ที่มีประสบการณ์แต่ต้นเป็นผู้ดูแล ต่างกับแนวคิดของประเทศตะวันตกที่มักจะไม่มียึดหยุ่นกับการแบ่งแยกระหว่างงานของแต่ละแผนก หากแต่นิยมแนวคิดที่ว่าการทำงานควรมีการใช้เอกสารคู่มือประกอบเป็นอย่างดี และควรลดการอาศัยความรู้ที่แบบแฝงให้น้อยลงเพราะความรู้ที่แบบแฝงจะสูญหายไปทันทีที่บุคลากรคนสำคัญลาออกไป ดังนั้นการพัฒนาสินค้าก็เหมือนกับกีฬารักบี้ (Relay race) ที่จะส่งต่อ "ไม้วิ่ง" ของการดูแลโครงการจากแผนกหนึ่งไปสู่อีกแผนกหนึ่ง โดยให้มีปฏิสัมพันธ์ต่อกันให้น้อยที่สุด การแบ่งแยกแรงงานและบุคลากรในแต่ละแผนกที่แข็งแกร่งเช่นนี้ทำให้ความสามารถในการเคลื่อนย้ายความรู้แบบแฝงระหว่างโครงการถูกจำกัดลงไปด้วย

---

\* ความรู้ประเภทหนึ่งคือ "ความรู้แบบชัดเจน" (explicit knowledge) ซึ่งสามารถถ่ายทอดให้แก่กันได้ง่ายกว่า

<sup>11</sup> Ikujiro Nonaka และ Tim Ray, "Knowledge creation in Japanese organizations: Building the dimensions of competitive advantage" National institute of science and technology agency, Tokyo, Japan. September 1993: p.24

ตัวอย่างอื่นๆที่ถูกหยิบยกขึ้นแสดงถึงความไม่เหมาะสมของกฎหมายนี้ เช่น Mallet (1998) ซึ่งเป็นนักวิชาการอีกท่านหนึ่งซึ่งมีความเห็นว่าลักษณะของกฎหมายที่มุ่งเน้นให้เกิดการแข่งขันตามแบบจำลองสำนักนีโอคลาสสิกของสหรัฐที่มุ่งเน้นที่การรักษาอิสระในการตัดสินใจในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่อการจัดสรรทรัพยากรตามกลไกตลาด อาจทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาเสียเปรียบในการแข่งขันเมื่อเทียบกับประเทศญี่ปุ่นและสหภาพยุโรป ได้ยกตัวอย่างที่เกิดขึ้นในอุตสาหกรรมโทรศัพท์เคลื่อนที่ในยุคที่ 2 ไว้ว่า "ในช่วงปลายของยุคทศวรรษ ค.ศ.1980 ยุโรปได้เปรียบจากการมีมาตรฐานเพียงหนึ่งเดียว (ระบบ GSM) สำหรับโทรศัพท์เคลื่อนที่แบบดิจิทัล (2G) ในขณะที่บริษัทในสหรัฐทำการแข่งขันกันอย่างรุนแรงในตลาด (ได้แก่ ระบบ TDMA, CDMA และ GSM) แต่ละบริษัทต่างตั้งเป้าหมายให้เทคโนโลยีระบบของตนได้เป็นมาตรฐานทางพฤตินัย (de facto standard) ด้วยการพยายามสร้างฐานผู้ใช้งานจำนวนมาก ทว่าบริษัทในยุโรปกลับกระโดดข้ามขั้นตอนการต่อสู้กันอย่างในสหรัฐ แล้วหันไปให้ความสำคัญกับการเพิ่มฐานผู้ใช้งานจากทั่วโลกจนประสบความสำเร็จ" เป็นต้น

- เราไม่ควรวิตกกังวลปัญหาการผูกขาดมากเกินไป เพราะอำนาจผูกขาดในอุตสาหกรรมเศรษฐกิจแบบใหม่นั้นไม่ยั่งยืนจริงหรือ

แนวคิดที่ว่าอำนาจผูกขาดในอุตสาหกรรมเศรษฐกิจแบบใหม่จะไม่ยั่งยืนเพราะจะมีการคิดค้นสิ่งประดิษฐ์ใหม่ขึ้นมาแทนที่และแย่งอำนาจผูกขาดไปจากผู้ผูกขาดเดิมโดยไม่มีที่สิ้นสุดนั้น เป็นเหตุผลหนึ่งที่นักวิชาการบางส่วนแนะนำให้ผ่อนปรนการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาดในอุตสาหกรรมนี้ ซึ่งมีที่มาจากแนวความคิดเรื่อง "การทำลายเชิงสร้างสรรค์" (Creative destruction) ของ Joseph A. Schumpeter ดังนั้นการแข่งขันที่มีลักษณะเช่นนี้จึงถูกเรียกว่า "การแข่งขันแบบชัมปีเตอร์" (Schumpeterian competition) อย่างไรก็ดี นักวิชาการบางส่วนก็ไม่เห็นด้วยในจุดนี้ เช่น Evans และ Schmalensee (2001) ตั้งข้อสงสัยว่าสถานการณ์ winner-take-all ที่ไม่มีจุดสิ้นสุดนั้นจะเป็นจริงหรือไม่ โดยให้เหตุผลว่า ไม่ว่าในอุตสาหกรรมแบบดั้งเดิมหรือแบบใหม่ก็ตาม จะไม่สามารถรับประกันได้ว่าการแข่งขันที่เกิดจากการประดิษฐ์สิ่งใหม่ที่เป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งยิ่งใหญ่จะเกิดขึ้นได้ตลอดไป และได้ยกตัวอย่างอุตสาหกรรมรถยนต์ในสหรัฐอเมริกาซึ่งในระยะแรกของอุตสาหกรรม มีการประดิษฐ์สิ่งใหม่ๆ ขึ้นอย่างรวดเร็วและส่งผลให้เกิดการพัฒนาอย่างรวดเร็วอย่างมั่นคงเป็นเวลากว่าทศวรรษ ในช่วงปี ค.ศ. 1910 ระยะเวลาที่ไม่ว่าใครก็อาจเรียกอุตสาหกรรมรถยนต์ของสหรัฐในเวลานั้นว่ามีลักษณะแบบชัมปีเตอร์ แต่หลังจากปี ค.ศ.1950 เป็นต้นมา อุตสาหกรรมรถยนต์ของสหรัฐก็ไม่มีลักษณะเช่นนั้นอีกต่อไป นั่นคือ แท้ที่จริงแล้วแม้แต่ในอุตสาหกรรมเศรษฐกิจแบบใหม่ ผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาดอาจสามารถรักษาอำนาจผูกขาดของตนไว้ได้ยาวนานเช่นเดียวกันกับในอุตสาหกรรมแบบดั้งเดิม เช่นเดียวกันกับความเห็น William J. Baer และ David A. Balto (1999) ที่มีความเห็นว่า ใน

อุตสาหกรรมไอเทคที่เทคโนโลยีเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว จะเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าไปแทนที่ผู้ผูกขาดเดิม ดังนั้น ผู้บังคับใช้กฎหมายจึงควรปล่อยให้เป็นการดำเนินไปตามกลไกตลาด (เว้นเสียแต่จะมีการกระทำอย่างการร่วมกันกำหนดราคาขายให้เท่ากัน (price fixing) หรือพฤติกรรมอันเป็นความผิด โดยตนเองอื่นๆเกิดขึ้น) อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าลักษณะดังกล่าวอาจจะเป็นจริงในบางสถานการณ์ แต่ก็อาจไม่เป็นจริงในบางครั้ง ที่แม้แต่ในอุตสาหกรรมไอเทคซึ่งตลาดถูกขับเคลื่อนโดยเทคโนโลยีใหม่ๆอยู่เสมอ ผู้ผูกขาดเดิมก็อาจจะสามารถรักษาอำนาจผูกขาดไว้ได้จากรุ่นหนึ่งสู่อีกรุ่นหนึ่ง ดังนั้นลักษณะการเข้าแทนที่ผู้ผูกขาดเดิมของผู้ประกอบการรายใหม่จึงไม่เป็นจริงเสมอไป ดังตัวอย่างจากอุตสาหกรรม software ที่ผู้ผูกขาดสามารถอาศัยอำนาจผูกขาดเข้าควบคุมปัจจัยการผลิต (input) ที่สำคัญไว้ได้ ทำให้ผู้ผูกขาดสามารถรักษาอำนาจไว้ได้แม้จะสินค้าใหม่ๆที่มีประสิทธิภาพสูงจากผู้ประกอบการอื่นเข้ามาแข่งขันด้วยก็ตาม

- ความเหมาะสมของกฎหมายการแข่งขันกับพฤติกรรมความร่วมมือของผู้ประกอบการในเศรษฐกิจแบบใหม่

จากงานเขียนของ Thomas M. Jorde และ David J. Teece ที่มีความเห็นว่ากฎหมายการแข่งขันของสหรัฐที่เข้มงวดต่อการรวมตัวของผู้ประกอบการในตลาด มีผลในทางลบและเป็นอุปสรรคต่อความสามารถในการร่วมมือกันพัฒนาและร่วมมือกันทำการค้าสิ่งประดิษฐ์ใหม่ของผู้ประกอบการ และเรียกร้องให้มีการทบทวนนโยบายการแข่งขันของสหรัฐฯเสียใหม่ในประเด็นการประเมินอำนาจเหนือตลาดและการปฏิบัติต่อข้อตกลงความร่วมมือของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกัน โดยเฉพาะเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายการแข่งขันของสหภาพยุโรปและญี่ปุ่นที่ยอมให้บริษัทต่างๆสามารถทำความตกลงร่วมกันทางการค้าได้ซึ่งจะช่วยเพิ่มความสามารถในการแข่งขันในระดับระหว่างประเทศ อย่างไรก็ดี น่าสังเกตว่า งานเขียนฉบับนี้ถูกเขียนขึ้นในปี ค.ศ.1990 ซึ่งเป็นเวลาก่อนที่กระทรวงยุติธรรมสหรัฐและ FTC จะออกคำแนะนำสำหรับการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการในปี ค.ศ.2000 (The antitrust guideline for collaborations among competitors 2000) และในขณะนั้นผู้บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันในสหรัฐฯ มีแนวทางปฏิบัติต่อพฤติกรรมความร่วมมือกันของผู้ประกอบการในตลาดในเชิงค่อนข้างลบ ดังตัวอย่างกรณีการดำเนินการตรวจสอบการผูกขาดกับการร่วมกันกำหนดมาตรฐาน CD ในข้อกล่าวหาเป็นการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันโดยไม่มีเหตุอันสมควร ซึ่งในเวลาต่อมาแนวทางดังกล่าว ได้เปลี่ยนไปในเชิงผ่อนปรนต่อการทำข้อตกลงร่วมกันพัฒนาเทคโนโลยีที่มากขึ้น ซึ่งจะได้กล่าวอย่างละเอียดในบทต่อไป

### บทที่ 3

## แนวทางการใช้กฎหมายกับพฤติกรรมกร่วมกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อ โดยเอกชนในต่างประเทศ

ในบทนี้จะอธิบายถึงแนวทางการใช้กฎหมายเพื่อเข้าควบคุมและกำกับดูแลพฤติกรรมกร่วมกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อ โดยกลุ่มผู้ประกอบการ ทั้งนี้เพื่อไม่ให้ผู้ประกอบการอาศัยเป็นช่องทางแสวงหาประโยชน์ส่วนเกินจากสังคมโดยมิชอบ โดยที่ยังคงพยายามรักษาประโยชน์ในการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีในอุตสาหกรรมให้คงอยู่ ด้วยเหตุที่ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่เก่าแก่ที่สุดและเป็นประเทศที่มีการเปลี่ยนแปลงพัฒนาแนวความคิดการใช้กฎหมายการแข่งขันกับเรื่องนี้มาเป็นเวลายาวนาน ผู้เขียนจึงขออธิบายโดยยึดเนื้อหาส่วนใหญ่ตามกฎหมายการแข่งขันของสหรัฐฯเป็นหลัก และตามด้วยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและแนวทางการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปเพื่อเทียบเคียง และสุดท้ายคือกฎหมายต่อต้านการผูกขาดและแนวทางการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นซึ่งสามารถพัฒนาอุตสาหกรรมของประเทศภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองได้อย่างรวดเร็ว โดยส่วนหนึ่งเป็นผลจากการร่วมมือของผู้ประกอบการที่ยึดถือปฏิบัติกันมาโดยตลอด

### 3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาฉบับแรกคือ The Sherman Act (1890) ซึ่งถือเป็นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหลักของสหรัฐฯ แต่เนื่องจาก the Sherman Act บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้างขวาง มิได้ระบุเจาะจงถึงการกระทำใดโดยเฉพาะ และภายหลังปรากฏว่ารูปแบบการดำเนินธุรกิจแบบใหม่ที่ the Sherman Act ไม่สามารถนำมาใช้บังคับ เช่น กระแสการควบรวมกิจการ (merger) ทำให้เกิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพิ่มเติมจาก The Sherman Act คือ The Clayton Act (1914) และ the Federal trade commission Act (1914) ซึ่งได้จัดตั้งคณะกรรมการการค้าของสหรัฐฯ (Federal Trade Commission; FTC) เพื่อให้เป็นหน่วยงานทำหน้าที่ดูแลการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า เป็นต้น\*

---

\* โดยสรุป กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในสหรัฐฯฉบับสำคัญๆ ได้แก่

- The Sherman Antitrust Act of 1890
- The Clayton Act of 1914
- The Robinson-Patman Antidiscrimination Act of 1936



ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาถูกบัญญัติขึ้นโดยมีพื้นฐานหลักอยู่บนแบบจำลองสำนักนีโอคลาสสิก (neoclassical microeconomic) โดยเฉพาะการยึดติดกับข้อสมมุติตลาดแข่งขันสมบูรณ์ ด้วยความเชื่อว่ากลไกตลาดสามารถดำเนินการผลิตได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงมุ่งส่งเสริมให้ให้มีการแข่งขันกันเป็นหลักโดยพยายามป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาดหรือสร้างอำนาจตลาดขึ้นมาได้ เพื่อให้ผู้ประกอบการในตลาดได้ดำเนินธุรกิจการค้าโดยเสรี ปราศจากอุปสรรคใดๆที่จะมาทำลายการแข่งขัน ประเทศสหรัฐอเมริกา มีขนาดใหญ่มีทรัพยากรมีตลาดภายในรองรับที่กว้างขวางซึ่งส่งเสริมให้มีการแข่งขัน ที่ผ่านมามีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาก็ยึดลักษณะของระบบการควบคุม โครงสร้าง (Structural control) โดยให้ความสำคัญกับการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจ เพราะเชื่อว่าการแข่งขันอย่างเสรีจะนำมาซึ่งการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพและสามารถสนองต่อความต้องการของผู้บริโภคอย่างดียิ่ง ด้วยเหตุนี้ แนวทางการกำหนดมาตรการทางกฎหมายจึงถือว่าพฤติกรรมทุกรูปแบบที่มีผลให้การแข่งขันในตลาดลดลงหรือถูกทำลายลงเป็นข้อห้ามโดยทั่วไปในระบบเศรษฐกิจของตน และอำนาจการผูกขาดจะถูกประณามว่าเป็นความผิดในตนเอง ซึ่งเป็นลักษณะของระบบควบคุม โครงสร้างตลาด (structure control) แม้ตัวบทบัญญัติหลักคือ the Sherman Act จะถูกบัญญัติขึ้นเป็นเวลายาวนานแล้ว แต่ผลจากการบัญญัติกฎหมายโดยใช้การพิจารณาภายใต้หลักของเหตุและผล (rule of reason) เป็นหลัก และมีการกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเอง (per se rule) เฉพาะในความผิดที่ไม่สามารถอ้างถึงเหตุผลด้านประสิทธิภาพได้เท่านั้น\* ทำให้ผู้บริหารกฎหมายของสหรัฐ อันได้แก่ คณะกรรมการการค้าของสหรัฐฯ (The U.S.

- 
- The Celler-Kefauver Antimerger Act
  - The Federal Trade Commission Act of 1914
  - The Wilson Tariff Act
  - The National Cooperative Research and Production Act of 1933

\* การกระทำที่ถือเป็นความผิดโดยตนเอง (per se rule) ตามกฎหมายการแข่งขันของสหรัฐนั้น ในระยะหลังนี้จะพบว่าแนวโน้มลดจำนวนลงเรื่อยๆ ศาลสหรัฐฯ ได้ปรับการพิจารณาการกระทำในหลายรูปแบบจากที่เคยใช้หลักความผิดในตนเองไปสู่การพิจารณาตามหลักเหตุและผล สาเหตุส่วนหนึ่งเพราะในระยะหลัง ศาลสหรัฐฯยอมรับและให้นำหนักกับการพิจารณาประเด็นปัญหาการแข่งขันทางการค้า โดยอาศัยหลักทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ประกอบมากขึ้น (นักวิชาการบางท่านเรียกวิธีการพิจารณาสมัยใหม่ที่อาศัยหลักเศรษฐศาสตร์ประกอบเช่นนี้ว่า “post-Chicago era” และเรียกวิธีการพิจารณาในระยะแรกเริ่มที่อาศัยความเข้าใจเรื่องการแข่งขันของผู้ตัดสินใจเป็นเกณฑ์ว่า “pre-Chicago era”) การพิจารณาว่าการกระทำใดจะส่งผลเสียหายต่อประโยชน์สุขของส่วนรวมหรือไม่ จำเป็นต้องพิจารณาโดยอาศัยข้อมูลประกอบหลายด้าน เพื่อนำมาวิเคราะห์ตามทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ ดังนั้น การกำหนดให้การกระทำใดถือเป็นความผิดโดยตนเอง ซึ่งทำให้ศาลตัดสินลงโทษได้ทันที



Federal Trade Commission: FTC) กรมต่อต้านการผูกขาดในสังกัดกระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ (Antitrust division of the U.S. Department of Justice: DOJ) และศาลยุติธรรม สามารถใช้อำนาจดุลยพินิจในแต่ละกรณีได้อย่างเต็มที่ ทำให้สามารถปรับเปลี่ยนแนวทางเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในแต่ละยุคสมัยได้โดยไม่จำเป็นต้องแก้ไขด้วยทฤษฎีหมาย ในบทนี้จะแสดงให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นกับการใช้กฎหมายการแข่งขันกับพฤติกรรมร่วมกันกำหนดมาตรฐานของผู้ประกอบการในสหรัฐฯว่าได้เปลี่ยนแปลงไปในทิศทางใด แนวคิดที่อยู่เบื้องหลังแนวทางการใช้กฎหมายเดิมและแนวคิดที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงคืออะไร และผลจากการเปลี่ยนแปลงจะก่อให้เกิดผลอย่างไรต่อการแข่งขันและการพัฒนาอุตสาหกรรมของสหรัฐอเมริกา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วถึงความเชื่อมโยงและสาเหตุที่ทำให้ผู้ทรงสิทธิบัตรมีอำนาจผูกขาดเบ็ดเสร็จในอุตสาหกรรมที่มีลักษณะแบบเครือข่าย 3 ประการ อันได้แก่

1. การร่วมกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้
2. สิทธิแต่เพียงผู้เดียวตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิบัตร)
3. การรวมกลุ่มเพื่อทำข้อตกลงใช้ทรัพย์สินทางปัญญา (สิทธิบัตร) ร่วมกัน

การเปลี่ยนแปลงแนวทางการใช้กฎหมายการแข่งขันในสหรัฐฯเองก็ได้เกิดขึ้นกับทั้งสามส่วนนี้อย่างสอดคล้องไปในแนวทางเดียวกัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงขออธิบายเรียงไปตามลำดับทั้งสามส่วน ดังนี้

### 3.1.1 แนวทางการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดในสมัยก่อนปรับเข้ากับแนวความคิดเศรษฐกิจแบบใหม่

#### 3.1.1.1 การร่วมกันกำหนดมาตรฐานโดยเอกชน

- การร่วมกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อเป็นเรื่องปกติในทางปฏิบัติ

ผลิตภัณฑ์บางประเภทจะมีคุณค่าต่อผู้บริโภคมากขึ้นเมื่อสามารถใช้งานร่วมกับหรือแทนกันกับผลิตภัณฑ์อื่นได้ มาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้จะช่วยให้ผลิตภัณฑ์ต่างๆที่อยู่ใน

---

โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาเหตุผลของผู้กระทำและข้อมูลอื่นๆประกอบ จึงขัดกับหลักการพิจารณาทางเศรษฐศาสตร์ เพียงแต่มีการกระทำเหล่านั้นเกิดขึ้น นักเศรษฐศาสตร์ถือว่า “อาจจะ” (could be) ก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันและประโยชน์สุขส่วนรวม แต่ไม่ใช่ “จะต้อง” (will be) เกิดความเสียหายขึ้นเสมอไปทุกกรณี

ในเรื่องนี้โปรดดู David S. Evans, “Economics and the design of competition law”, (Chapter for “Issues in Competition Law and Policy”, edited by W. Dale Collins), Oct. 2005.

ระบบเดียวกันทำงานร่วมกันได้โดยไม่เกิดปัญหาทางเทคนิค ความต้องการให้ผลิตภัณฑ์ต่างๆ ทำงานร่วมกันได้นี้ ทำให้ในทางปฏิบัติผู้ประกอบการจึงมีความร่วมมือกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้กันอยู่เสมอ แม้แต่ผู้ประกอบการที่มีการแข่งขันกันอย่างรุนแรงก็อาจหันมาตกลงร่วมกันกำหนดมาตรฐานฯใช้ร่วมกันได้เช่นกัน โดยเฉพาะกับการกำหนดมาตรฐานแบบที่เรียกว่า "การวางมาตรฐานล่วงหน้า" (anticipatory standardization) จะช่วยให้การกำหนดมาตรฐานมีประสิทธิภาพและสามารถจัดปัญหาการทำงานร่วมกันไม่ได้เป็นอย่างดี เพราะผู้ผลิตมีโอกาสมพบปะแลกเปลี่ยนข้อมูลตั้งแต่ในขั้นต้นของการพัฒนาเทคโนโลยีและร่วมกันแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นร่วมกันได้อย่างทันทั่วทั้งที่ การร่วมกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้ยิ่งทวีความสำคัญมากขึ้นเมื่ออุตสาหกรรมเติบโตอย่างรวดเร็ว เทคโนโลยีได้รับการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงรวดเร็วและซับซ้อนยิ่งขึ้น รูปแบบการเกิดมาตรฐานที่อาศัยการแข่งขันเพื่อให้ได้เป็นมาตรฐานตามความเป็นจริง (de facto standard) อาจต้องเสียเวลายาวนานกว่าจะทราบผล ผู้บริโภคบางส่วนที่ชะลอการซื้อสินค้าเพื่อรอผลการแข่งขัน ผู้บริโภคและผู้ผลิตสินค้าในระบบที่พ่ายแพ้การแข่งขันและไม่สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างที่ควรเป็น การลงทุนในเทคโนโลยีที่อาจไม่ได้รับผลตอบแทน มาตรฐานที่แตกกระจายและไม่สามารถทำงานร่วมกันได้ ในขณะที่การกำหนดมาตรฐานโดยองค์กรอย่างเป็นทางการ (de jure standard) ซึ่งน่าจะเป็นทางออกที่ดีกลับมีกระบวนการขั้นตอนที่กินเวลายาวนาน ในขณะที่เทคโนโลยีพัฒนาเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วทำให้อายุโดยเฉลี่ยของสินค้าชิ้นหนึ่งสั้นลง จึงไม่น่าแปลกใจที่ผู้ประกอบการจำนวนมากจะเลือกใช้วิธีการร่วมกันกำหนดมาตรฐานโดยกลุ่มผู้ประกอบการ (consensus standard) เป็นทางออกของปัญหาดังกล่าวนี้ ศาลสหรัฐก็เห็นถึงคุณประโยชน์ของการร่วมกันจัดตั้งมาตรฐานดังกล่าว เช่น ในคดี *Clamp-All Corp (1988)* \* ที่ศาล the Court of Appeals for the First Circuit ได้กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า

"การพัฒนา ประกาศและนำมาใช้ซึ่งข้อกำหนดมาตรฐานร่วมกัน ดูเหมือนจะสามารถทำให้สินค้ามีราคาถูกลงกว่าการที่สมาชิกแต่ละรายของจำเลย (สมาคมการค้าชื่อว่า Cast Iron Soil Pipe Institute: CISPI) จะใช้ความพยายามเหล่านั้นซ้ำซ้อนกัน (duplicative efforts) ในแง่มุมนี้การร่วมกันพัฒนาและประกาศข้อกำหนดมาตรฐานจึงดูเหมือนจะสามารถช่วยให้ประหยัดเงินลงทุนจากการจัดหาข้อมูลให้แก่ผู้ผลิตและผู้ซื้อที่น้อยลง และมีประสิทธิภาพดีขึ้นกว่ากรณีที่ไม่มีมาตรฐาน และยังช่วยในการรับรองคุณภาพของสินค้าได้อีกทางหนึ่งด้วย ศาลจึงมีความเห็นว่าหากพฤติกรรมการร่วมมือกันเหล่านี้จะสร้างความเสียหายแก่โจทก์ (บริษัท Clamp-All) ด้วยการทำให้โจทก์ทำการแข่งขันได้ยากลำบากมากขึ้น ก็เป็นเพียงแค่ผลของความร่วมมือของจำเลยที่ได้ลดต้นทุนด้านข้อมูลข่าวสารลงหรือผลิตสินค้าที่ดีขึ้น...ภัยประเภทดังกล่าวนี้ "ไม่ถึงเป็น "การจำกัดการ

\* *Clamp-All Corp v. Cast Iron Soil Pipe Institute*, 851 F.2d 478, 487 (1st Cir. 1988)

แข่งขันโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร" (unreasonably anticompetitive) แต่เป็นการกระทำที่มีประโยชน์มหาศาลที่กฎหมายการแข่งขันต้องการส่งเสริม"

เช่นเดียวกับความเห็นของศาลสหรัฐในคดี *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.*, 486 U.S. 492 (1988) ซึ่งมีความเห็นว่า การกำหนดมาตรฐานมิได้เป็นการร่วมกันปฏิเสธทำการค้าด้วย (group boycott) “หากว่าเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ที่ดี เพื่อให้ข้อกำหนดได้รับพิจารณาโดยผู้เชี่ยวชาญ และเป็นกระบวนการที่ช่วยป้องกันข้อกำหนดจากความลำเอียงของสมาชิกที่มีผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเข้ามาเกี่ยวข้อง ข้อกำหนดมาตรฐานของเอกชนเช่นนี้สามารถให้ประโยชน์ในการส่งเสริมการแข่งขัน”

แต่ก็มีได้หมายความว่า การตกลงร่วมกันกำหนดมาตรฐานของผู้ประกอบการจะสามารถกระทำได้โดยถือไม่เป็นการผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเสมอไปทุกกรณี เนื่องจากที่จริงแล้ว พฤติกรรมกรร่วมกันกำหนดมาตรฐานซึ่งเป็นการทำข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งกันและมีผลทำให้ผู้ประกอบการสามารถหลีกเลี่ยงการแข่งขันในระดับเทคโนโลยีระหว่างกันลง การทำข้อตกลงดังกล่าวจึงอาจถูกตั้งข้อสงสัยเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดว่าเป็นพฤติกรรมการสมรู้ร่วมคิดกัน (collusion) ในรูปแบบหนึ่งที่สามารถมีผลเสียต่อการแข่งขันเนื่องจากทำให้ผู้ประกอบการไม่ต้องทำการแข่งขันในข้อกำหนดระหว่างกัน เส้นแบ่งความคาบเกี่ยวของการกระทำดังกล่าวที่ไม่ชัดเจนได้ส่งผลให้ในอดีต การร่วมกันกำหนดมาตรฐานโดยบรรดาผู้ประกอบการถูกเฝ้ามองโดยผู้บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐฯ เพราะได้ตีความบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยตั้งอยู่บนความเข้าใจที่ว่า การสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันให้มากที่สุดนั้นจะเกิดขึ้นถ้าผู้ซื้อและผู้ขาย (อันรวมถึงผู้ขออนุญาตใช้สิทธิและผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิด้วย) ได้ตกลงใจด้วยความมีอิสระของแต่ละฝ่าย แต่หากการตกลงใจนั้นเกิดจากการร่วมมือกันระหว่างคู่แข่ง ไม่ว่าจะเป็นการตกลงกันด้านราคาหรือแบ่งกำหนดตลาดระหว่างกัน ผู้บริโภคก็จะได้รับความเสียหายอันเป็นผลกระทบจากการร่วมมือกันดังกล่าว กล่าวคือ ราคาของสินค้าที่สูงขึ้นและเป็นการลดทางเลือกในตลาดลงไป

คดีตัวอย่างที่มีการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดดำเนินการกับการกำหนดมาตรฐานของผู้ประกอบการซึ่งอาศัยการกำหนดมาตรฐานเพื่อกีดกันคู่แข่ง หรือใช้เป็นเครื่องมือแสวงหาหรือรักษาอำนาจตลาด ด้วยการตั้งข้อกำหนดเพื่อกีดกันคู่แข่งออกไปเสียจากตลาด หากเห็นได้ชัดว่าจะก่อให้เกิดผลเสียต่อการแข่งขันแล้วถือเป็นการผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาด เช่น\*

---

\* คดีอื่นๆ ที่ถูกตัดสินว่าเป็นการใช้มาตรฐานเพื่อวัตถุประสงค์ในการต่อต้านการแข่งขันยังมีอีกจำนวนมาก เช่น *Milk and Ice Cream Can Institute v. F.T.C.*, 152 F.2d 478 (7th Cir. 1946), *United States v. Institute of Carpet Manufacturers*, C(2H Trade Reg. Service (9th ed.), par. 52,517 (S.D.N.Y.), *Bon Crown and Cork Co. v.*

- คดี *Radiant Burners, Inc., v. Peoples Gas Light & Coke Co. et al. (1961)*

คดีนี้ จำเลยเป็นสมาคมผู้ประกอบการในธุรกิจก๊าซ คือ American Gas Association (AGA) ได้นำเตาแก๊ส (gas burner) รุ่นต่างๆมาทดสอบความปลอดภัย ประสิทธิภาพและความทนทานของเตาแก๊สรุ่นต่างๆ เตาแก๊สรุ่นใดที่ผ่านการทดสอบจะได้รับการประทับตรารับรองจากสมาคม ทั้งนี้สมาคมและสมาชิกต่างก็เป็นผู้ประกอบธุรกิจการค้าขายก๊าซ และยังได้ตกลงร่วมกันว่าจะไม่ขายก๊าซให้เพื่อใช้กับเตาที่ไม่ผ่านการรับรองจากสมาคม โจทก์ซึ่งเป็นผู้ผลิตเตาแก๊สเซรามิกชื่อ “Radiant Burners” ถูกสมาคม AGA ปฏิเสธการรับรองถึงสองครั้งแม้โจทก์จะยืนยันว่าเตาของโจทก์มีความความปลอดภัย ประสิทธิภาพสูงและทนทานมากกว่าเตาแก๊สอื่นๆที่สมาคมเคยรับรองมาแล้วก็ตาม คดีนี้ผู้ผลิตเตาแก๊ส Radiant Burner ฟ้องสมาคม AGA และสมาชิกว่าร่วมกันสมคบจำกัดการทำการค้าระหว่างมลรัฐ ในการผลิต ขายและใช้งานเตาแก๊ส ด้วยวิธีการไม่ยอมให้การรับรอง และปฏิเสธการขายก๊าซให้ใช้กับเตาแก๊สของ Radiant Burner อันเป็นการฝ่าฝืน section 1 ของ the Sherman Act

ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ของสหรัฐฯ ตัดสินยกฟ้องคดีนี้ ด้วยเหตุผลว่า การกระทำของสมาคมและสมาชิกยังไม่ถือเป็นการร่วมกันต่อต้าน (boycott) หรือสมคบกันเพื่อร่วมกันต่อต้านหรือพฤติกรรมรูปแบบอื่นๆที่ถือเป็นการคิดในตัวเอง (per se) เพราะไม่มีความเสียหายต่อกระบวนการแข่งขันซึ่งส่งผลกระทบต่อสาธารณะ เมื่อไม่ปรากฏการเปลี่ยนแปลงของยอดขายเตาแก๊สที่พอจะเห็นได้จากการกระทำของสมาคม

แต่ศาลสูงสุดของสหรัฐฯ ได้กลับคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ว่า การกระทำเพียงเท่านั้นก็แสดงให้เห็นถึงรูปแบบ “การจำกัดในทางการค้า” อย่างหนึ่งที่ก่อผลเสียหายต่อสาธารณะ กล่าวคือ Radiant Burner ไม่สามารถขายเตาแก๊สของตนได้ และผู้ที่ซื้อเตาไปก็ไม่สามารถซื้อก๊าซเพื่อมาใช้กับเตาได้เช่นกัน การกระทำของสมาคมและสมาชิกจึงเป็นการสร้างข้อจำกัดที่เกินสมควร ซึ่งมีแนวโน้มเกิดการผูกขาดและขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า

กล่าวคือ ศาลในคดีนี้มองว่าการที่สมาคมผู้ประกอบการ ซึ่งเป็นองค์กรกำหนดมาตรฐานเอกชน ทำการทดสอบผลิตภัณฑ์และมีข้อตกลงไม่ขายแก๊สให้ใช้กับผลิตภัณฑ์ที่ไม่ผ่านการรับรองของสมาคมเป็นการกำหนดมาตรฐาน(ในคดีนี้คือมาตรฐานความปลอดภัย) เพื่อกีดกันคู่แข่งกันออกไปจากตลาดจึงเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาด



- ในคดี Allied Tube (1988) เป็นการใช้กระบวนการจัดตั้งมาตรฐานไปในทางที่ไม่ชอบ โดยสมาชิกในกลุ่มที่มีผลประโยชน์มีพฤติกรรมสมคบกันเพื่อตกลงเลือกมาตรฐานสินค้าเพื่อกีดกันเทคโนโลยีใหม่

คดี *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.*, 486 U.S. 492 (1988) ในคดีนี้ สมาคมป้องกันอัคคีภัยแห่งชาติ (The National Fire Protection Association) เป็นองค์กรเอกชนในรูปแบบสมาคมที่ประกอบไปด้วยสมาชิกที่สมัครใจเข้าร่วมมากกว่า 31,500 ราย ซึ่งจะร่วมกันประกาศข้อกำหนดมาตรฐานสินค้าที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันอัคคีภัย ในขณะที่ทางสมาคมกำลังพิจารณาข้อเสนอของบริษัท Allied Tube ที่เสนอให้สมาคมรับรองการใช้พลาสติกเป็นวัสดุสำหรับการผลิตท่อวางไฟฟ้า (electrical conduit) ภายใต้ข้อกำหนดเกี่ยวกับระบบสายไฟฟ้าของสมาคมที่ชื่อ “the National Electrical Code” ซึ่งก่อนหน้านี้ได้อนุญาตให้ใช้ได้เฉพาะท่อวางไฟฟ้าที่ผลิตจากเหล็กเท่านั้น ปรากฏว่ามีสมาชิกหลายรายในสมาคมซึ่งเป็นผู้ประกอบการอุตสาหกรรมเหล็กซึ่งจะเสียผลประโยชน์หากข้อกำหนดให้ใช้พลาสติกเป็นวัสดุได้รับการรับรอง สมาชิกเหล่านี้ได้ประชุมร่วมกันและเห็นตรงกันจะออกเสียงไม่ยอมรับข้อเสนอของบริษัท Allied Tube ดังกล่าว ศาลสูงสุดของสหรัฐฯ ได้ตัดสินว่าการกระทำของสมาชิกดังกล่าวมีความผิด โดยได้บรรยายไว้ว่า โดยธรรมชาติของการกำหนดมาตรฐาน (คดีนี้เป็นมาตรฐานความปลอดภัย แต่ก็มีผลเป็นการกีดกันคู่แข่งได้เช่นกัน) อาจนำมาซึ่งโอกาสในการใช้พฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน การกำหนดมาตรฐานโดยเอกชนสามารถเป็นประโยชน์ต่อการแข่งขันหากได้ดำเนินการไปโดยมีวัตถุประสงค์ที่ดี เพื่อให้ข้อกำหนดได้รับพิจารณาโดยผู้เชี่ยวชาญ และกระบวนการที่ป้องกันการจำกัดการแข่งขันจากความลำเอียงของสมาชิกที่มีผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งแสดงถึงว่าศาลสหรัฐฯ มิได้พิจารณาเพียงแค่ว่าข้อกำหนดในมาตรฐานต้องถูกกำหนดขึ้น โดยถูกต้องตามแบบวิธี แต่ศาลสหรัฐฯ จะพิจารณาลึกลงไปถึงเบื้องหลังที่มาของข้อกำหนดในมาตรฐาน เพื่อให้แน่ใจได้ว่าการกำหนดมาตรฐานมิได้ถูกแทรกแซงโดยสมาชิกที่มีผลประโยชน์โดยไม่เป็นธรรมอีกด้วย

- การใช้ข้อกำหนดร่วมกันเพื่อบังคับให้สมาชิกปฏิบัติอย่างเดียวกัน หากส่งผลเสียต่อการแข่งขันก็อาจถือเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดได้ เช่น ในคดี *F.T.C. v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986) ข้อเท็จจริงในคดีนี้ บริษัทประกันภัยต้องการผลการ x-rays เพื่อใช้ประกอบการประเมินค่ารักษาที่บริษัทต้องใช้คืนให้แก่ผู้เอาประกัน แต่จำเลยคือ สมาคมทันตแพทย์แห่งรัฐ Indiana ได้ออกข้อกำหนดของสมาคมที่บังคับให้สมาชิกระงับการให้บริการตรวจ x-rays แก่คนไข้ที่มาจากบริษัทประกันภัย เป็นเหตุให้ผู้เอาประกันไม่ได้รับเงินประกันจากบริษัทประกันภัย แม้พฤติกรรมเช่นนี้จะไม่ใช่การร่วมกันต่อต้าน (boycott) ในความหมายดั้งเดิม เพราะมิได้มีเจตนาเพื่อกีดกันคู่แข่งออกไปจากตลาด แต่การตั้งข้อกำหนดของสมาคมให้สมาชิกทุกคนซึ่งเป็นคู่แข่งกันในตลาดทันตกรรมต้องปฏิบัติอย่างเดียวกัน การปฏิเสธการให้ข้อมูลที่



คนใช้ซึ่งเป็นผู้บริโภคต้องการ คนใช้ไม่มีทางเลือกอื่นเพราะทันตแพทย์ที่เป็นสมาชิกของจำเลย ปฏิบัติเหมือนกันหมดทุกคน การกำหนดข้อบังคับของสมาคมจึงเป็นพฤติกรรมที่ส่งผลต่อการแข่งขันในตลาด คดีนี้ศาลสูงสุดของสหรัฐได้พิจารณาโดยอาศัยหลักของเหตุและผล (rule of reason) หลังจากศาลได้พิจารณาถึงอำนาจตลาดของสมาคม ผลประโยชน์ร่วมกันของบรรดาสมาชิก และสภาพบังคับของข้อกำหนดสมาคมแห่งรัฐ (แทนที่สมาคมจะขอความร่วมมือกับสมาชิกด้วยความสมัครใจ) ศาลจึงตัดสินให้สมาคมมีความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

กล่าวโดยสรุปคือ แม้ว่าศาลของสหรัฐจะยอมรับถึงข้อดีของการร่วมกันกำหนดมาตรฐานของผู้ประกอบการ แต่ศาลก็มีความกังวลถึงพฤติกรรมการร่วมกันกำหนดมาตรฐานของผู้ประกอบการว่าจะถูกใช้เป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพในการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร โดยการเพื่อกีดกันคู่แข่งออกไปจากตลาดในรูปแบบต่างๆ \* ดังนั้นในยุคแรกนี้องค์กรกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้โดยผู้ประกอบการในยุคหนึ่งนั้นจึงถูกหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐเข้าไปตรวจสอบการดำเนินการกำหนดมาตรฐานอย่างต่อเนื่อง ดังจะเห็นได้จากในช่วงของการพัฒนาสื่อบันทึกข้อมูลเสียงแบบดิจิทัลต่อไปนี้

- การกำหนดมาตรฐาน Compact Disc ของ Philips และ Sony ในปี ค.ศ. 1980

การแข่งขันกันอย่างรุนแรงของมาตรฐานเครื่อง VCR และเทประหว่างระบบ VHS และระบบ Betamax เป็นเหตุการณ์ซึ่งทำให้การยอมรับมาตรฐานของเครื่อง VCR ในตลาดล่าช้าและกินเวลานานหลายปี กว่าที่ระบบ VHS จะได้รับชัยชนะกลายเป็นมาตรฐานโดยพฤตินัย กล่าวคือกินเวลานับตั้งแต่ปี ค.ศ.1974 ไปจนถึงปี ค.ศ.1988 จึงยุติและได้มาตรฐานที่ชนะเด็ดขาด (ระบบ VHS) บริษัท Sony ซึ่งเป็นแกนนำที่สนับสนุนและพัฒนาระบบ Batamax ต้องประสบกับภาวะล้มเหลวทางการลงทุน และยังส่งผลทำให้ผู้บริโภคในระบบ Betamax ต้องถูกทอดทิ้งไปโดยปริยาย เพราะตลาดได้หันไปให้ความสำคัญกับระบบ VHS ซึ่งเป็นมาตรฐานโดยพฤตินัยทำให้ผู้บริโภคหาซื้อหรือเช่าภาพยนตร์เรื่องใหม่ๆ ในระบบ Betamax รวมทั้งการซ่อมบำรุงได้ยากลำบาก ส่วนบริษัท Philips ก็ล้มเหลวกับโครงการ Laservision ในปี ค.ศ.1975 (ระบบแผ่น optic บันทึกภาพเคลื่อนไหวชนิดหนึ่ง) ซึ่งไม่ประสบความสำเร็จในตลาดจนต้องล้มเลิกไปหลังการเปิดตัวสินค้าได้เพียง 2 ปีเท่านั้น

---

\* อย่างไรก็ตาม คดีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดมาตรฐานโดยผู้ประกอบการในสหรัฐที่ยกตัวอย่างผ่านมานั้น มักจะเป็นเรื่องของมาตรฐานเกี่ยวกับคุณภาพ (quality) และประสิทธิภาพ (performance) ของสินค้าเสียเป็นส่วนใหญ่ ส่วนคดีที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้ (interface and compatibility standard) โดยตรงนั้นมีจำนวนไม่มากนัก

ในช่วงที่มีการแข่งขันกันอย่างรุนแรงของระบบ VCR นี้เอง ช่วงระยะเวลานั้นก็มีความพยายามที่จะพัฒนาสื่อบันทึกเสียงรูปแบบใหม่ขึ้น ปี ค.ศ.1973 บริษัท Philips เป็นผู้ริเริ่มการพัฒนาสื่อบันทึกเสียงรูปแบบใหม่และบริษัทอื่นๆก็แข่งขันกันพัฒนาเทคโนโลยีของตัวเอง ปี ค.ศ. 1977 บริษัท Sony, Mitsubishi , JVC และ Hitachi ต่างก็นำสินค้าต้นแบบ (Prototype) ของตนเองออกโชว์ในงาน Tokyo Audio Fair และ Philips ผลิตสินค้าต้นแบบออกโชว์ได้ในปี ค.ศ. 1978 ในช่วงแรกนี้แต่ละบริษัทต่างก็พัฒนาเทคโนโลยีในทิศทางของตนเอง จนกระทั่งในปี ค.ศ.1979 จึงมีการจัดประชุม “Digital Audio Disc Convention” ขึ้นที่โตเกียวประเทศญี่ปุ่น มีบริษัทผู้ผลิตเข้าร่วมมากถึง 35 บริษัท ในปีเดียวกันบริษัท Philips และ Sony ตัดสินใจร่วมมือกันพัฒนาเทคโนโลยีร่วมกัน (ทั้งนี้ Philips อ้างว่ารัฐมนตรีกระทรวงอุตสาหกรรมและเทคโนโลยี (MITI) ของประเทศญี่ปุ่นเป็นผู้เสนอให้มีการเลือกมาตรฐานสำหรับสื่อบันทึกเสียงดิจิทัล\*) ปี ค.ศ.1980 Philips และ Sony ประกาศข้อกำหนดมาตรฐาน CD รูปแบบแรก คือ มาตรฐานซีดีที่ใช้บันทึกเสียง (CD Digital Audio:CD-DA format ซึ่งมีชื่อเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “red book specification”) โดยใช้เทคโนโลยีการผลิตแผ่น optic และ the Eight-to-Fourteen Modulation และ EFM จาก Philips ร่วมกับเทคโนโลยี error-correction method และ CIRC จาก Sony ตามที่วิศวกรของ Philips ได้กล่าวไว้ว่า “ระบบ Compact Disc เป็นนวัตกรรมร่วมกันที่เกิดจากกลุ่มบุคคลที่ทำงานกันเป็นทีม”\*\*

อย่างไรก็ตาม การตกลงร่วมกันกำหนดมาตรฐาน CD-AUDIO ของ Philips และ Sony ในปี ค.ศ.1980 เป็นการตกลงร่วมกันกำหนดและใช้มาตรฐานเดียวกันของผู้ประกอบการที่มีฐานะเป็นคู่แข่งกันในตลาดและเป็นรูปแบบหนึ่งของการร่วมทุนค้นคว้าวิจัย (joint research venture) ซึ่งในช่วงระยะเวลาดังกล่าวนั้นจะได้รับการพิจารณาว่าเป็นพฤติกรรมที่เป็นผลเสียต่อการแข่งขันและอยู่ในบังคับของกฎหมายต่อต้านการผูกขาด ยิ่งหากเป็นกรณีผลการแข่งขันในระหว่างผู้ร่วมทุนสองรายด้วยแล้ว ก็มีความหมายไปในทางรวมตัวสร้างอำนาจผูกขาดซึ่งอาจเป็นความผิดโดยตนเอง (per se) แม้แต่การร่วมทุนกับผู้ที่มีได้อยู่ในฐานะคู่แข่งกันในการการค้ากันมาก่อนก็ยังได้รับการพิจารณาโทษจากการบังคับของกฎหมายต่อต้านการผูกขาด ถึงแม้ว่าคำพิพากษาของศาลใน

---

\* “In March 1979, one week after the press conference in which the CD player had been shown to the world, a large Philips delegation set off for Japan. The Japanese Ministry of Industry and Technology (MITI) had decided to convene a conference in which the industry would come together and decide upon a standard for the audio disc. In order to increase the opportunities for the Philips system, it seemed a good idea to collaborate with a Japanese partner (Sony). That is why a tight schedule of demonstrations was planned at all leading Japanese electronics companies.” และโปรดดูบทบาทและแนวคิดของ MITI ในส่วนของประเทศญี่ปุ่นในบทนี้ (ที่มา <http://www.research.philips.com/newscenter/dossier/optrec/collaboration.html>)

\*\* “Nobody even invented one part of the technology alone. The CD was invented collectively by a large group of people working as a team”

สหรัฐฯจะปรากฏประเด็นปัญหานี้ไม่บ่อยนัก แต่การพิจารณาภายในของเขตของกฎหมายต่อต้านการผูกขาด ตลอดจนการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของการร่วมทุนวิจัยและความสูญเสียอันอาจเกิดจากการผูกขาดก็ยังเป็นประเด็นที่ได้รับการพิจารณาอยู่เสมอ<sup>1</sup> เช่นในคดี *American Society of Mechanical Engineers, Inc. v. Hydrolevel Corp.*, 456 U.S. 556, 571 (1982) ศาลได้กล่าวไว้ว่า “การทำข้อตกลงมาตรฐานสินค้าแท้ที่จริงแล้วก็คือ ข้อตกลงร่วมกันโดยนัยว่าจะไม่ผลิต จัดจำหน่ายหรือจัดซื้อซึ่งสินค้าบางประเภท” ฉะนั้นจึงไม่น่าแปลกใจว่าเหตุใด กลุ่มกำหนดมาตรฐานของเอกชนจึงถูกจัดตามองจากหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐฯเป็นพิเศษ\* ประกอบกับตั้งแต่ปี ค.ศ.1945 เป็นต้นมา ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เริ่มใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดกับพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันที่เกิดขึ้นในต่างประเทศแต่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจภายในของสหรัฐฯ\*\* และข้อตกลงของ Philips กับ Sony ที่ร่วมกันกำหนด CD standard ดังกล่าวก็ถูกกระทรวงยุติธรรมของสหรัฐฯเข้าไปดำเนินการสืบสวนเนื่องจากต้องสงสัยเป็นการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่มีเหตุอันสมควรตาม section 1 ของ Sherman Act เช่นเดียวกัน ทั้งยังมีคดีที่ถูกฟ้องเป็นคดีตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดโดยเอกชนด้วยอีกจำนวนหนึ่งด้วย\*\*\*

การร่วมกันกำหนดมาตรฐานโดยเอกชนเป็นที่นิยมในภาคเอกชนมาอย่างยาวนาน แม้ว่าในช่วงต้นทศวรรษที่ 1920รัฐบาลกลางสหรัฐฯจะเคยพยายามส่งเสริมมาตรฐานสินค้าให้เป็นอย่างเดียวกันโดยมอบหน้าที่ให้หน่วยงานของรัฐเป็นผู้กำหนด แต่ก็ไม่ได้มีการตอบรับจากภาคเอกชน\*\*\*\* เมื่อผู้ประกอบการในสหรัฐรวมตัวกันเพื่อร่วมกันกำหนดมาตรฐานสินค้าของตนเองมากขึ้น ก็

<sup>1</sup> Denis Mcinerney, “Antitrust scrutiny of Joint Research and Development Ventures in the United States and the European economic community”, in *North American and Common Market Antitrust and Trade law*, ed. Barry E. Hawk (New York: Matthew Bender, 1987) อ้างถึงใน ศุภลักษณ์ ลากทวีโชค, “ปัญหาความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายสิทธิบัตรและกฎหมายป้องกันการผูกขาด”, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533 หน้า 122.

\* ตัวอย่างคดีอื่นๆเพิ่มเติม เช่น *Radiant Burners Inc. v. Peoples Gas Light & Coke Co.*, 364 U.S. 656 (1961) และ *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986) ในบทนี้

\*\* คดี *United States v. Aluminum company of America* 148 F.2d 416 (2d Cir.1945)

\*\*\* “defendants have agreed, combined, and conspired to eliminate competition...by agreeing not to compete in the design of formats for compact discs and compact disc players, and by instead agreeing to establish, and establishing, a common format and design...” (Second Amended Complaint) *Disctronics Texas, Inc., et al. v. Pioneer Electronic Corp. et al. Eastern, District of Texas, Case No. 4:95 CV 229, filed August 2, 1996 at 12.*

\*\*\*\* เนื่องมาจากในช่วงระยะเวลาปี ค.ศ. 1919-1920 นั้นเกิดความสับสนของมาตรฐานสินค้าในสหรัฐฯที่ไม่เป็นไปในทางเดียวกัน เช่น สินค้าอาจมีขนาด รูปทรงและชนิดที่แตกต่างกันเป็นจำนวนมาก Herbert Hoover

เริ่มมีการเคลื่อนไหวของผู้บริโภคที่ไม่พอใจและความกังวลในพฤติกรรมกรรมกรรวมตัวกำหนดมาตรฐานของผู้ประกอบกาที่อาจถูกใช้เพื่อจำกัดการแข่งขัน ก่อให้เกิดความตื่นตัวที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย (due process) ของการกำหนดมาตรฐาน โดยเอกชนต่างๆ ในขณะนั้น FTC และกระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ ได้เริ่มเข้าไปตรวจสอบกระบวนการกำหนดมาตรฐานขององค์กรต่างๆ ในปี ค.ศ. 1974 และลงความเห็นว่าระบบมาตรฐานสินค้าทั้งระบบควรได้รับการกำกับดูแลเพื่อให้ผู้กำหนดมาตรฐานดำเนินการไปโดยถูกต้องยุติธรรม (fairness)<sup>2</sup> ซึ่งส่งผลกระทบต่อ การกำหนดมาตรฐานในหลายองค์กร บางองค์กรก็ถูกพบว่าเป็นการจำกัดในทางการค้าจริง ในขณะที่ อีกหลายองค์กรต้องระงับกระบวนการกำหนดมาตรฐานไว้และปรับปรุงขั้นตอนที่เสี่ยงต่อการถูก ดำเนินคดีต่อต้านการผูกขาดลง<sup>3</sup> ดังตัวอย่างเช่น ในการพัฒนาระบบแผ่นเสียงระบบดิจิทัลแบบ ใหม่ ซึ่งมีการตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจ (ad hoc committee) ที่ชื่อว่า The Digital Audio Disk Council (DAD) ประกอบด้วยตัวแทนมาจากบริษัทจากประเทศต่างๆ มากกว่า 50 บริษัทใน อุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้อง เพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารด้านเทคโนโลยีระหว่างกัน (Hill, 1997; Lundvall, 1995) เมื่อปี ค.ศ.1981 ในการประชุมของ DAD ผู้ประกอบการต่างๆ เสนอให้มีการ คัดเลือกเทคโนโลยีให้เป็นมาตรฐานเพื่อให้การวิจัยและพัฒนามาตรฐานแผ่นเสียงดิจิทัลแบบใหม่ ไปในทิศทางเดียวกัน เนื่องจากสมาชิกไม่ต้องการเสี่ยงกับการลงทุนในเทคโนโลยีที่ต้องรอให้ตลาด เป็นผู้ตัดสินเลือกเทคโนโลยีให้เป็นมาตรฐานตามพฤติกรรม<sup>4</sup> และยื่นข้อเสนอการพัฒนาจากสาม เทคโนโลยีหลักในขณะนั้น ประกอบไปด้วยเทคโนโลยี “Compact-Disc Digital Audio: CD” จาก

---

ซึ่งดำรงตำแหน่งเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการค้าของสหรัฐฯ (Secretary of Commerce) ได้พยายามสนับสนุน การกำหนดมาตรฐานสินค้าโดยสำนักงานมาตรฐานแห่งชาติ (the National bureau of standards) ด้วยเหตุผลว่า มาตรฐานจะสามารถลดความสูญเสียทางเศรษฐกิจและช่วยฟื้นฟูเศรษฐกิจภายหลังสงคราม แต่มาตรการนี้ไม่ ประสบผลสำเร็จเนื่องจากผู้ประกอบการต้องการให้การกำหนดมาตรฐานสินค้าเป็นเรื่องของภาคเอกชน

<sup>2</sup> U.S. Congress, Office of Technology Assessment, Global Standards: Building Blocks for the Future, TCT-512 (Washington, DC: U.S. Government Printing Office, March 1992).

<sup>3</sup> Bart N. Locanthi, “Standardization in professional digital audio engineering at the AES”, Presented at the 80th Convention Montreux, Switzerland, 14-17 March 1986.

\* ในช่วงเวลาเปลี่ยนแปลงไปสู่การยอมรับมาตรฐาน CD-AUDIO นั้น ปัญหาส่วนหนึ่งมาจากผู้บริโภค ต้องเปลี่ยนอุปกรณ์เครื่องเล่น ไวนิลและแผ่นเสียงที่สะสมไว้ (Vinyl records) พร้อมทั้งผู้ผลิตแผ่นเสียงที่มีอยู่ใน ตลาดก็ต้องเปลี่ยนการผลิตใหม่เช่นกัน ต้นทุนของการเปลี่ยนแปลง (switching costs) จึงนับว่าเป็นประเด็นสำคัญ ประกอบกับราคาของเครื่องเล่น CD ในขณะนั้นที่ยังมีราคาสูงมากและแผ่นเพลง CD ในท้องตลาดก็มีจำนวนน้อย หากระบบมาตรฐาน CD ไม่ประสบความสำเร็จในตลาด ความเสี่ยงของผู้บริโภคจากการถูกทอดทิ้ง (stranding) ยังมีสูงซึ่งจะเป็นเหตุผลสำคัญให้ผู้บริโภคชะลอการตัดสินใจยอมรับมาตรฐาน CD เพื่อรอดูสถานการณ์ออกไป ก่อนและนั่นก็เป็นสิ่งที่ผู้ประกอบการต่างๆ ต้องการหลีกเลี่ยง



Philips และ Sony เทคโนโลยี “Audio High-Density Disc: AHD” จาก JVC และเทคโนโลยี “The MD System: MD” จาก Telefunken ซึ่ง DAD ได้ตั้งคณะทำงานย่อย (Sub-Working Group) ขึ้นมาทำหน้าที่ศึกษาความเป็นไปได้และความสามารถของเทคโนโลยีทั้งสามระบบเปรียบเทียบกัน และได้ผลสรุปว่าเทคโนโลยีของ Philips และ Sony เป็นเทคโนโลยีที่มีความสามารถ “ดีที่สุด” ในสามระบบ แต่ DAD มิได้กำหนดรับรองให้เทคโนโลยีตาม CD Standard ของ Philips และ Sony เป็นมาตรฐานสำหรับสื่อบันทึกเสียงดิจิทัลโดยอ้างเหตุผลว่าอยู่เหนือขอบเขตของการประชุมและขอให้สมาชิกตัดสินใจเลือกด้วยตนเองว่าจะนำระบบใดไปใช้\* (ผู้เขียนมีความเห็นว่า เหตุผลส่วนหนึ่งที่ DAD ปฏิเสธการชี้ชัดว่าจะกำหนดให้เทคโนโลยีใดเป็นมาตรฐานของสื่อบันทึกเสียงระบบดิจิทัลอาจเนื่องมาจาก DAD มีการทำงานใกล้ชิดกับ The Digital Audio Standards Committee ซึ่งตั้งแต่ปี ค.ศ.1978 กำลังประสบปัญหาถูกกระทรวงยุติธรรมสหรัฐอเมริกาตรวจสอบการทำงานกำหนดมาตรฐานว่าอาจเป็นการจำกัดในทางการค้า\*\* จึงอาจเป็นเหตุผลให้ DAD ตัดสินใจระงับกิจกรรมที่เสี่ยงต่อการเป็นความผิดตามกฎหมายไว้ก็เป็นได้) การร่วมกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อฯ โดยเอกชนที่ถูกตรวจสอบจากหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐฯมิได้มีเพียงแค่นี้เท่านั้น แต่ในการประชุมร่วมกันของผู้ประกอบการเพื่อหาข้อสรุปด้านเทคนิคของระบบเสียงดิจิทัลของ the Digital Audio Standards Committee ซึ่งเป็นองค์กรกำหนดมาตรฐานด้านเสียงดิจิทัลที่ดำเนินการโดยผู้แทนจากผู้บริหารจากทั้งสหรัฐฯ ยุโรปและญี่ปุ่น ก็ถูกกระทรวงยุติธรรมของสหรัฐฯเข้าไปสอบสวนการกำหนดมาตรฐานขององค์กรด้วยตั้งข้อสงสัยว่าอาจมีการจำกัดการแข่งขัน โดยไม่มีเหตุผลด้วยเช่นเดียว\*\*\*

---

\* ในรายงานการประชุมของ DAD ซึ่งส่งให้แก่ The Digital Audio Standards Committee ตามที่ปรากฏอยู่ในรายงานการประชุม AES The Digital Audio Standards Committee Vol.29, No.9, 1981 ระบุไว้ว่า “...a decision as to what system should be adopted was beyond the scope of the conference, and individual companies are requested to decide upon their own system or systems...”

\*\* ก่อนหน้านั้น องค์กรกำหนดมาตรฐานเอกชนที่ถูกกระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯตรวจสอบคือ Society of Motion Picture and Television Engineers (SMPTE) ซึ่งก็ทำให้ The Digital Audio Standards Committee ตัดสินใจระงับการกำหนดมาตรฐานของกลุ่มไว้เช่นกัน

\*\*\* โปรดดูรายงานการประชุมของ Digital Audio Standards Committee เมื่อวันที่ 29-30 เมษายน ปี ค.ศ. 1978 ที่ Los Angeles และรายงานการประชุม Vol.30 No.1/2, 1982 ที่กล่าวถึงการดำเนินการกำหนดมาตรฐานภายใต้การตรวจสอบของกระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯในยุคนั้นว่าหากการกำหนดมาตรฐานล่วงหน้าก่อนสินค้าวางจำหน่ายอาจเป็นการจำกัดในทางการค้า แนวทางนี้ก็ไม่เหมาะสมกับทางปฏิบัติ “The adoption of standards prior to the availability of a commercial product might be considered in restraint of trade. While this position could be challenged, it is a moot point now, since there are more than a dozen machines available in the market.”



การสอบสวนของหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดที่เกิดขึ้นกับหลายองค์การกำหนดมาตรฐานนี้ แม้จะมีวัตถุประสงค์ที่ดีเพื่อไม่ให้ผู้ประกอบการใช้มาตรฐานเพื่อข้ออ้างเพื่อหลีกเลี่ยงการแข่งขันระหว่างกัน แต่การขาดความชัดเจนว่าหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดจะพิจารณาการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดในตัวเองหรือจะพิจารณาตามหลักของเหตุและผล และปัจจัยที่จะนำมาประกอบการพิจารณามีอะไรบ้าง เป็นต้นเหตุที่สร้างความไม่มั่นใจให้กับผู้ประกอบการที่จะร่วมมือกันพัฒนามาตรฐานขึ้นเพราะไม่สามารถทราบได้ชัดเจนว่าพฤติกรรมของตนจะมีความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา อำนาจสั่งให้ผู้กระทำผิดชดใช้ค่าเสียหายเป็นสามเท่าของความเสียหายที่แท้จริงซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสถานะทางการเงินของผู้ประกอบการอย่างร้ายแรงอีกด้วย

- ความเสี่ยงจากบทบัญญัติ “Treble damages” ที่มีต่อการร่วมกันพัฒนาและกำหนดมาตรฐาน The Clayton Act\* บัญญัติเปิดโอกาสให้เอกชนสามารถฟ้องร้องคดีเพื่อขอให้ผู้ที่กระทำ ความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดชดใช้ความเสียหายจากการกระทำผิดเป็นสามเท่า (treble damages) ให้แก่ตน รวมถึงให้อำนาจแก่อัยการทั่วไปของมลรัฐมีอำนาจฟ้องคดีแทนในนามของผู้มีถิ่นที่อยู่อาศัยในมลรัฐนั้นเพื่อเรียกค่าเสียหายเป็นสามเท่าแทนได้อีกด้วย บทบัญญัติเรื่อง “treble damages” เป็นเครื่องส่งเสริมให้เอกชนในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้รับความเสียหายจากการ กระทำการผูกขาดในสหรัฐอเมริกาตัดสินใจฟ้องร้องเป็นคดีความ\*\* แต่ในขณะที่เดียวกันก็ส่งผล กระทบในทางลบต่อแรงจูงใจสำหรับผู้ประกอบการในการร่วมมือกันพัฒนาและวิจัยไปเช่นกัน เพราะผู้ประกอบการต้องเสี่ยงกับการถูกฟ้องร้องเป็นคดีซึ่งอาจต้องเสียค่าใช้จ่ายเพื่อชดใช้ ค่าเสียหายเป็นจำนวนที่สูงมาก จึงอาจเป็นผลให้การร่วมมือกันทำวิจัยลดจำนวนลงในที่สุดและ ส่งผลเสียต่อการประกอบธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับกลุ่มผู้ประกอบการขนาดเล็กและขนาดกลางที่ มีข้อจำกัดทั้งในด้านเงินลงทุนและเทคโนโลยี

\* The Clayton Act § 4, as amended "...any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States....and shall recover threefold the damages by him sustained..."

\*\* คดีศาลในคดี *Zenith radio Corp. v. Hazeltine research, Inc.*, 395 U.S. 100, 130-31 (1969) ได้ อธิบายไว้ว่า “การกำหนดค่าสินไหมทดแทนเป็นสามเท่าให้แก่เอกชน ไม่ใช่เพียงแต่เพื่อเยียวยาความเสียหาย เท่านั้น แต่ยังมิเพื่อให้เกิดความประสงค์แรงกล้าในการนำกฎหมายต่อต้านการผูกขาดมาบังคับ”

ดังนั้น ในปี ค.ศ.1984 สภาkongเกรสจึงพยายามลดผลกระทบในการขัดขวางการพัฒนาเทคโนโลยีดังกล่าวลง ด้วยการออกกฎหมายที่ชื่อว่า "The National Cooperative Research Act"\* เพื่อพยายามจำกัดผลกระทบของกฎหมายการแข่งขันที่ลดทอนแรงจูงใจของผู้ประกอบการในการร่วมกันวิจัยและพัฒนาในรูปแบบของ "การร่วมลงทุนกันคว้าวิจัย" (joint research venture) เพื่อส่งเสริมให้เกิดการประดิษฐ์สิ่งใหม่ๆ ให้มากขึ้น อันได้แก่ความไม่แน่นอนของหลักที่ใช้พิจารณาว่าเป็น per se หรือ rule of reason (และ rule of reason จะนำไปจจัยใดมาพิจารณาบ้าง) และการกำหนดค่าเสียหายเป็นสามเท่า (treble damages) นั้นเอง

กฎหมายฉบับนี้จึงมีสาระสำคัญอยู่สองประการคือ ประการแรก "การร่วมลงทุนกันคว้าวิจัย" จะไม่ถือเป็นความผิดโดยตัวเอง (per se) แต่จะถูกพิจารณาโดยคำนึงถึงเหตุและผล (rule of reason) ในปัจจัยที่เกี่ยวข้องทุกด้านที่มีผลกระทบต่อการแข่งขัน รวมไปถึงผลของการแข่งขันที่ถือว่าเหมาะสมและตลาดการวิจัยและพัฒนาที่เกี่ยวข้อง นั่นคือเป็นการให้หลักประกันว่าหากมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการแข่งขันเกิดขึ้นจะต้องได้รับการพิจารณาโดยใช้หลักของเหตุและผลที่จะเป็นผลดีกว่าการถือเป็นความผิดในตัวเอง เพราะผู้บังคับใช้กฎหมายต้องพิจารณาโดยนำเหตุผลด้านต่างๆ มาประกอบด้วย ทำให้กลุ่มพัฒนามาตรฐานสามารถชี้แจงและยกเหตุผลของความจำเป็นและผลกระทบในด้านดีต่อการพัฒนาเทคโนโลยีและการแข่งขันขึ้นมาประกอบได้ ประการที่สอง กฎหมายฉบับนี้ในระบบการแจ้ง (notify) ให้กระทรวงยุติธรรมสหรัฐและ FTC ทราบถึงการทำข้อตกลงร่วมมือวิจัยและพัฒนาภายใต้กฎหมายดังกล่าว การกระทำภายใต้ข้อตกลงการร่วมมือวิจัยและพัฒนาที่ได้แจ้งลงทะเบียนอย่างถูกต้องและเข้าเงื่อนไขอื่นๆ แล้ว จะถูกจำกัดการเรียกให้ชดใช้ความเสียหายเพียงเท่าที่ได้รับจริง (actual damages) จึงทำให้กระบวนการการจัดตั้งมาตรฐานโดยกลุ่มผู้ประกอบการที่ร่วมกันพัฒนามาตรฐาน (หรือที่เรียกว่า Standard Development Organization: SDO) ไม่ต้องเสี่ยงต่อการถูกฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเป็นสามเท่าตามปกติ อย่างไรก็ตาม การลงทะเบียนการร่วมมือวิจัยและพัฒนาภายใต้กฎหมายฉบับนี้เป็นเพียงการจำกัดการชดใช้ค่าเสียหายให้เหลือเพียงตามที่ได้รับจริง แต่มิได้เป็นข้อยกเว้นการกระทำการร่วมมือวิจัยและพัฒนาให้ปลอดจากการถูกตรวจสอบภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าแต่อย่างใด ดังนั้นหากปรากฏว่ามีการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ผู้ประกอบการก็ยังคงมีความผิดและอาจถูกลงโทษทางอาญาได้เช่นเดิม การออกกฎหมายฉบับนี้จึงช่วยจัดความกังวลใจของผู้ประกอบการลงไปได้เพียงส่วนหนึ่งเท่านั้น

---

\* ต่อมาได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมอีกหลายครั้งและเปลี่ยนชื่อเป็น "the National Cooperative Research and Production Act of 1993" 15 U.S.C. §§ 4301-06

### 3.1.1.2 สิทธิแต่เพียงผู้เดียวตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (กับปัญหาการผูกขาดทางการค้า)

นอกเหนือจากความกังวลใจของผู้ประกอบการเกี่ยวกับการกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อกับแนวทางการพิจารณาของหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐฯ ตั้งแต่ช่วงปลายของยุคทศวรรษ ค.ศ.1970 ที่ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอให้ผู้ประกอบการคลายความกังวลใจลงได้อย่างเต็มที่นั้น ยังมีปัญหาจากความขัดแย้งทางแนวความคิดระหว่างกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มอบสิทธิเด็ดขาดให้แก่ผู้ประดิษฐ์หรือผู้สร้างสรรค์ผลงานให้แก่สังคมในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งทำให้ผู้ทรงสิทธิสามารถกีดกันผู้อื่นไม่ให้แสวงหาประโยชน์จากผลงานของตนเองได้ สิทธิเด็ดขาดดังกล่าวจึงสร้างความสับสนกับการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดซึ่งต้องการรักษาตลาดให้มีการแข่งขันเกิดขึ้น

ความคาบเกี่ยวระหว่างการใช้สิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากับการผูกขาดการแข่งขันทางการค้าได้สร้างปัญหาแก่การพิจารณาการดำเนินการภายใต้ขอบเขตของกฎหมายสิทธิบัตรจะเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดได้หรือไม่ แต่หลังจากมีการผ่านกฎหมาย the Patent misuse reform Act ในปี ค.ศ.1988 เพื่อแบ่งแยกการกระทำภายใต้ขอบเขตการใช้สิทธิตามสิทธิบัตรออกจากการบังคับใช้ของกฎหมายต่อต้านการผูกขาด การพิจารณาการกระทำเกี่ยวกับข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรจึงแบ่งการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาออกเป็นสองระดับ คือ

- ระดับที่การกระทำของผู้ทรงสิทธิอยู่ภายใต้ขอบเขตของสิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ศาลสหรัฐฯจะถือว่าการใช้สิทธิโดยชอบภายใต้ขอบเขตของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแม้จะก่อให้เกิดการผูกขาดทางการค้า ก็ไม่ถือเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

- ระดับที่การกระทำนั้นเป็นการใช้สิทธิเกินขอบเขตของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา หากมีการใช้สิทธิเกินขอบเขตแล้ว กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะถูกนำมาใช้พิจารณาการกระทำนั้น ดังนั้น การใช้สิทธิเกินขอบเขตที่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงอาจเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันได้

อย่างไรก็ดี แม้ภายใต้ความสับสนของการใช้สิทธิตามสิทธิบัตรกับการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการแข่งขันดังกล่าว แต่การพิจารณาอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการ ซึ่งโดยปกติ ศาลสหรัฐฯมักใช้ข้อสันนิษฐานอำนาจเหนือตลาดของผู้ถูกกล่าวหาโดยถือว่าผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละ 70 นั้นเพียงพอที่จะแสดงว่าผู้ประกอบการรายนั้นเป็นผู้มีอำนาจผูกขาด (monopoly power) (คดี *U.S. v. E.I. du Pont de Nemours & Co., (1956)*) และสำหรับข้อกล่าวหากระทำการพยายามผูกขาดจะถือส่วนแบ่งตลาดที่เกินกว่าร้อยละ 50 เป็นระดับอันตรายที่มีความ

เป็นไปได้ของการผูกขาดสำเร็จ (คดี *U.S. Anchor Mfg. v. Rule Indus., (1993)*) แต่สำหรับกรณีที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา แนวทางการพิจารณาของศาลสหรัฐฯ จะไม่นำข้อสันนิษฐานอำนาจเหนือตลาดมาใช้ถึงแม้ว่าสิทธิแต่เพียงผู้เดียวจะทำให้ผู้ทรงสิทธิกีดกันผู้อื่นไม่ให้แสวงหาประโยชน์จากเทคโนโลยีที่ตนครอบครองอยู่ได้ก็ตาม ดังที่ศาลสูงสุดของสหรัฐฯ กล่าวไว้ว่า "หากรัฐได้มอบสิทธิบัตร หรืออำนาจผูกขาดอย่างอื่นเหนือสินค้าใดให้แก่ผู้ขายไป ก็ย่อมยุติธรรมแล้วที่จะถือว่าการไม่สามารถหาซื้อสินค้าจากแหล่งอื่น ได้นั้นเป็นการมอบอำนาจเหนือตลาดให้แก่ผู้ขาย" เช่นเดียวกับความเห็นของผู้พิพากษา O'Connor ซึ่งอธิบายถึงการไม่นำข้อสันนิษฐานว่าผู้ทรงสิทธิบัตรจะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดเนื่องจาก "ผู้ทรงสิทธิบัตรจะไม่มีอำนาจเหนือตลาดเมื่อมีสินค้าทดแทนที่ใกล้เคียง (close substitute) กับสินค้าภายใต้สิทธิบัตร" ศาลส่วนใหญ่ในสหรัฐฯ ต่างก็ปฏิเสธการใช้ข้อสันนิษฐานอำนาจเหนือตลาดที่เกิดจากทรัพย์สินทางปัญญา\* ตลอดจนความเห็นของนักวิชาการ เช่น Herbert Hovenkamp<sup>4</sup> ที่มีความเห็นสอดคล้องกันว่า "การสันนิษฐานอำนาจเหนือตลาดเพียงเพราะสินค้านั้นได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้นเป็นเรื่องที่ไม่สมเหตุสมผล" ตลอดจนในคำแนะนำสำหรับการทำสัญญาอนุญาตใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ปี ค.ศ.1995 (Antitrust guideline for the licensing of intellectual property 1995) ที่เผยแพร่โดยกระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ และ FTC ก็ปฏิเสธการใช้ข้อสันนิษฐานอำนาจเหนือตลาดเช่นเดียวกัน (§ 2.2)

- ขอบเขตของวัตถุประสงค์ในกฎหมายสิทธิบัตร

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาในสังคม ดังนั้น การให้สิทธิเด็ดขาดในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นรางวัลแก่นักประดิษฐ์ในระยะเวลาช่วงหนึ่ง ก็เพื่อกระตุ้นให้เอกชนสนใจและพยายามคิดค้นพัฒนาสิ่งประดิษฐ์ใหม่ๆ ออกสู่ตลาด ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญของอุตสาหกรรมสมัยใหม่ที่ขับเคลื่อนด้วยนวัตกรรม การให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจึงต้องมีขอบเขตไม่ให้มีการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไปในทางที่เกิดผลเป็นการจำกัดการพัฒนา การยอมรับอำนาจผูกขาดโดยอาศัยสิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานี้จึงมิได้เป็นไปโดยไม่มีข้อจำกัด หากผู้ทรงสิทธิบัตรใช้สิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไปในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนและระบบเศรษฐกิจ เช่น การใช้สิทธิเด็ดขาดเป็นเครื่องมือแบ่งปันตลาด ทำการจำกัดปริมาณสินค้า หรือกำหนดราคาสินค้าตามอำเภอใจก็จะถือว่าเป็นการใช้สิทธิเกินขอบเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมายสิทธิบัตรไป

\* เช่น ในคดี *A.I. Root company v. Computer/Dynamics, Inc., 806 F.2D 673 (6th Cir. 1986)* และ *Will v. Comprehensive accounting Corp., 776 F.2d 665 (7th Cir. 1985)*

<sup>4</sup> Herbert Hovenkamp, "Federal antitrust policy: The law of competition and its practice", 136 (1994).



### 3.1.1.2.1 หลักการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบ (Misuse doctrine)

ปัญหาการใช้สิทธิเกินขอบเขตนั้น ในสหรัฐอเมริกามีหลายคดีที่ศาลตัดสินปัญหาลักษณะดังกล่าวโดยใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเข้าไปปรับ เพื่อแก้ปัญหาพฤติกรรมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกินขอบเขตศาลได้ตัดสินโดยอาศัย “หลักการใช้สิทธิโดยมิชอบ” (misuse doctrine) เข้ามาปรับใช้ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจากผู้ทรงสิทธิที่มีพฤติกรรมในทางเอารัดเอาเปรียบ\* ทั้งที่หากมองถึงประเด็นปัญหาแล้ว พฤติกรรมดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดซึ่งเป็นปัญหาตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดได้เช่นกัน ซึ่งศาลสหรัฐฯ ได้ใช้หลัก misuse นี้ “เป็นอีกวิธีการหนึ่งเพื่อจำกัดการใช้สิทธิบัตรในทางที่มิชอบ ที่แตกต่างหากจากกฎหมายต่อต้านการผูกขาด”\*\*

ในทางทฤษฎีหลักการทั้งสองนี้ก็มีการใช้ที่ต่างกัน ในขณะที่กฎหมายต่อต้านการผูกขาดจะพิจารณาถึงผลกระทบของพฤติกรรมที่มีต่อตลาด แต่หลักการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบจะมุ่งพิจารณาที่พฤติกรรมของผู้ให้อนุญาตใช้สิทธิบัตรเป็นสำคัญว่าได้ใช้สิทธิเกินขอบเขตของกฎหมายสิทธิบัตรไปหรือไม่ ข้อจำกัดของมาตรการควบคุมการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบก็คือ หลักควบคุมการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบเป็นเพียงแต่ในขั้นต้นของการปกป้องผลประโยชน์ของชาติโดยมิได้พิจารณาในด้านรายละเอียดว่าสิทธิบัตรมีผลกระทบในทางลดการแข่งขันหรือสร้างข้อจำกัดทางการค้าอย่างไร แต่จะพิจารณาในภาพรวมโดยสกัดกั้นหนทางนำไปสู่การมีอำนาจผูกขาดทางตลาดในอนาคตซึ่งในความเป็นจริงอาจเกิดขึ้นหรือไม่ก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการควบคุมการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบนี้ไม่สามารถใช้ควบคุมกับพฤติกรรมการใช้สิทธิบัตรที่ส่งผลกระทบต่อตลาดอย่างการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันหรือการร่วมทุนกันคว่ำวิจัย เพราะจะทำให้สูญเสียโครงสร้างที่สำคัญของกฎหมายสิทธิบัตรไป<sup>5</sup> แม้ในทางปฏิบัติศาลอาจนำผลกระทบต่อการแข่งขันมาพิจารณาร่วมด้วยโดยไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยก้าวล่วงไปว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายต่อต้านการผูกขาดหรือไม่ก็ตาม\*\*\*

\* หลักนี้มีที่มาจากคำตัดสินของศาลในคดีลิขสิทธิ์ โดยมีที่มาจากหลักความเที่ยงธรรม (equity) ที่ว่าศาลจะไม่บังคับสิทธิให้แก่ผู้มาศาลด้วยมือไม่สะอาด (doctrine of unclean hands) ก่อนที่จะถูกนำมาใช้กับสิทธิบัตรในเวลาต่อมา

\*\* *B. Braun Med. v. Abbott Labs.*, 124 F.3d 1419, 1426 (Fed. Cir. 1997).

<sup>5</sup> ศุภลักษณ์ ลาภทวีโชค, "ปัญหาความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายสิทธิบัตรและกฎหมายป้องกันการผูกขาด", วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533 (หน้า 108)

\*\*\* ตัวอย่างเห็นได้จากการพิจารณาในคดี *Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co.*, 314 U.S. 488 (1942) ที่ศาลเห็นว่าการผูกมัด (tie-in) เป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดขายผลิตภัณฑ์ที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร จึงไม่บังคับสิทธิตามสิทธิบัตรให้กับโจทก์



สาเหตุหนึ่งที่ศาลในสหรัฐฯ ได้นำหลักการใช้สิทธิโดยมิชอบมาปรับใช้กับการกระทำที่อาจถือเป็นการผูกขาดทางการค้าก็อาจเนื่องมาจากในคดีต่างๆ เหล่านี้ คู่กรณีได้ฟ้องร้องคดีถูกละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งจำเลยมักยกข้อต่อสู้ว่าโจทก์ใช้สิทธิเกินขอบเขตจึงไม่สามารถบังคับใช้สิทธิกับจำเลยได้ ศาลจึงจำเป็นต้องปรับหลักให้เข้ากับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อรักษาความยุติธรรม อย่างไรก็ดี ในขณะที่กฎหมายต่อต้านการผูกขาดโดยมากจะดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐ (DOJ และ FTC) และมีบางส่วนที่เอกชนเป็นโจทก์ฟ้องคดี ปัจจุบันความเห็นของนักวิชาการส่วนใหญ่ในสหรัฐฯ มีความเห็นว่าคดีที่มีประเด็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเช่นนี้ ควรจะดำเนินการโดยอาศัยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเข้าไปปรับใช้จะเหมาะสมมากกว่า

การใช้สิทธิในสิทธิบัตรที่เป็นประเด็นคาบเกี่ยวกับปัญหาตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดอีกประเภทหนึ่ง ได้แก่ การทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน หรือที่เรียกว่า “Patent pool” นั่นเอง

### 3.1.1.3 การรวมกลุ่มเพื่อทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน (Patent pool)

การทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน (Patent pool) คือข้อตกลงที่ทำขึ้นระหว่างผู้ทรงสิทธิบัตรตั้งแต่สองรายขึ้นไปเพื่อนำสิทธิบัตรของผู้ทรงสิทธิเหล่านั้นมารวมกันเป็นกองกลางเพื่อการนำไปใช้ประโยชน์และจัดการสิทธิบัตรเหล่านั้นร่วมกัน หรืออาจจะโอนสิทธิบัตรให้แก่บุคคลที่สามเป็นผู้บริหารสิทธิบัตรแทนซึ่งมีด้วยกันหลากหลายลักษณะตามแต่กลุ่มที่จัดตั้งขึ้นมาจะกำหนดตั้งแต่รูปแบบที่จัดตั้งขึ้นเพื่อกลุ่มอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ที่มีสมาชิกเป็นจำนวนมาก เป็นที่รวมของสิทธิบัตรนับร้อยฉบับและถูกบริหารจัดการโดยผู้บริหารที่มีอิสระ ไปจนถึงรูปแบบที่จัดตั้งขึ้นเพื่อกลุ่มเอกชนขนาดเล็ก มีการบริหารจัดการอย่างเรียบง่ายไม่ซับซ้อน สิ่งสำคัญที่ต้องระลึกอยู่เสมอคือการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันไม่ใช่กลไกเพียงอย่างเดียวที่สามารถอำนวยความสะดวกในการถ่ายโอนและรวบรวมเทคโนโลยีที่จำเป็นสำหรับมาตรฐาน แต่การทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันเป็นกลไกหนึ่งที่สามารถตอบสนองการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นในการจัดตั้งมาตรฐานได้เป็นส่วนใหญ่ ทั้งนี้การใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดกับการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันแบ่งออกได้เป็น

#### 3.1.1.3.1 ยุคที่เป็นอิสระจากการตรวจสอบของกฎหมายต่อต้านการผูกขาด

ในประเทศสหรัฐอเมริกา หน่วยงานต่อต้านการผูกขาดและศาลปรากฏความเห็นต่อการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน ในแต่ละยุคสมัยแตกต่างกัน<sup>6</sup> ในช่วงแรกคือในช่วงกลางคริสต์

<sup>6</sup> Daniel Lin, "Research versus development: patent pooling, innovation and standardization in the software industry", John Marshall review of intellectual property law, L.274, 2002

ศตวรรษที่ 18 ไปจนถึงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นช่วงที่หน่วยงานต่อต้านการผูกขาดและศาลมีความเห็นในลักษณะยอมรับการทำกรทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันรวมถึงผลที่ทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันลงว่าสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ดังปรากฏในคดี *Bement v. National Harrow Co.*, 186 U.S. 70 (1902)

- คดี *Bement v. National Harrow Co.*, 186 U.S. 70 (1902) ศาลสูงสุดสหรัฐฯ ได้มีคำตัดสินอันเป็นการยืนยันชัยชนะของกฎหมายสิทธิบัตรและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) ที่มีอยู่เหนือประเด็นการผูกขาดทำให้ในยุคนี้การทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน เป็นอิสระจากการถูกตรวจสอบภายใต้กฎหมายต่อต้านการผูกขาด ข้อเท็จจริงในคดีนี้เกิดขึ้นในอุตสาหกรรมจักรเย็บผ้าซึ่งเป็นหนึ่งในอุตสาหกรรมยุคแรกที่มีการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันขึ้นในปี ค.ศ.1856\* บริษัท National Harrow เป็น holding company\*\* ที่ก่อตั้งโดย Harrow manufacturers เพื่อทำหน้าที่เกี่ยวกับการให้อนุญาตใช้สิทธิบัตรของตน โดยที่ Bement เคยเป็นสมาชิกหนึ่งใน Harrow manufacturers ซึ่งได้มอบสิทธิบัตรของเขาให้แก่บริษัท National Harrow ต่อมาบริษัท National Harrow ได้ยื่นฟ้อง Bement ว่าผิดสัญญาในเรื่องสิทธิในสิทธิบัตรและค่าตอบแทนการใช้สิทธิบัตร ฝ่าย Bement อ้างว่าสัญญาที่บริษัท National Harrow อ้างถึงนั้นเป็นโมฆะเพราะบริษัท National Harrow และ Harrow manufacturers (ซึ่งก็รวมถึงตัว Bement เองด้วย) ได้ร่วมกันจำกัดผลผลิต (regulate output) และกำหนดราคาขาย (fix prices) ซึ่งเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตาม the Sherman Act แต่ปรากฏว่าศาลสูงสุดสหรัฐฯ ไม่เห็นด้วยกับข้อกล่าวหาของ Bement โดยมีความเห็นว่าสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้และยืนยันถึงบริษัท National Harrow ในฐานะผู้ทรงสิทธิบัตรมีเสรีภาพอย่างเด็ดขาดในการให้อนุญาตใช้สิทธิบัตรของตน (absolute freedom to license) ไม่ว่าจะมิใช่ข้อกำหนดเงื่อนไขอนุญาตอย่างไรก็ดีที่ได้ตกลงกันทั้งฝ่ายผู้ให้อนุญาตและผู้ได้รับอนุญาต ศาลได้กล่าวว่ "ข้อเท็จจริงตามเงื่อนไขในสัญญาอันเป็นการสงวนอำนาจผูกขาดหรือการกำหนดราคา มิได้ทำให้สัญญานั้นผิดกฎหมาย"

### 3.1.1.3.2 ยุคที่ต้องห้ามตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาด

\* สมาชิกของ patent pool ในอุตสาหกรรมจักรเย็บผ้าในขณะก่อตั้งประกอบไปด้วย Elias Howe, Wheeler and Wilson, Grover and Baker, และ I.M. Singer สมาชิกเหล่านี้ร่วมกันผูกขาดอุตสาหกรรมจักรเย็บผ้าอยู่จนถึงปี ค.ศ.1877 เพราะสิทธิบัตรหลักๆ ใน patent pool หมดอายุการคุ้มครองลง

\*\* Holding Company คือ บริษัทที่ตั้งขึ้นเพื่อมาควบคุมการเงินของบริษัทที่ดำเนินธุรกิจอยู่แล้วซึ่งเป็นบริษัทที่ใช้เงินทุนเพียงอย่างเดียวเพื่อให้ได้ประโยชน์จากบริษัทที่กำลังดำเนินธุรกิจอยู่ แม้ว่าวัตถุประสงค์หลักของบริษัทที่ตั้งขึ้นเพื่อมาควบคุมการเงินของบริษัทที่ดำเนินธุรกิจอยู่แล้วมิใช่เพื่อบริหาร แต่โดยทั่วไปจะมีผู้แทนของบริษัท holding เข้าไปเป็นคณะกรรมการบริหารบริษัทที่ดำเนินธุรกิจอยู่

เมื่อบริษัทขนาดใหญ่เริ่มเข้ามาจับตลาดแทนที่ผู้ลงทุนอิสระในการแสวงหาผลประโยชน์จากสิทธิบัตร ในปี ค.ศ.1912 ศาลจึงเปลี่ยนทัศนคติจากเดิมและเริ่มปรากฏท่าทีคัดค้านการทำการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน ว่าเป็นการกระทำที่แท้ที่จริงแล้วขัดต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาด ในคดี *Standard sanitary manufacturing Co. v. United States, 220 U.S. 20 (1912)* ศาลได้ตัดสินว่าการทำการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน ในอุตสาหกรรมภาชนะเคลือบถือเป็นการกระทำร่วมกันที่ขัดต่อ the Sherman Act เพราะการทำการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน บรรดาผู้ผลิตผูกพันตัวเองต่อข้อตกลงที่จะไม่ขายสินค้าให้แก่พ่อค้าคนกลาง เว้นแต่จะขายให้ในราคาที่ถูกกำหนดไว้ ซึ่งราคาดังกล่าวมิได้ถูกกำหนดโดยการค้าขายหรือสภาพการแข่งขันในตลาด แต่เป็นราคาที่ถูกกำหนดขึ้นโดยการตัดสินใจของคณะกรรมการของ patent pool ข้อตกลงใน patent pool เช่นนี้เป็นข้อตกลงที่เกินเลยจากความจำเป็นเพื่อให้ความคุ้มครองการใช้สิทธิบัตรหรือการผูกขาด (โดยสิทธิบัตร) ที่กฎหมายมอบให้ หลังจากมีคำตัดสินในคดีนี้ ความมีอิสระของการทำการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันจากการถูกตรวจสอบจากกฎหมายต่อต้านการผูกขาดจึงสิ้นสุดลง ในคดีต่อมาศาลก็ยังขงยึดแนวทางนี้ เช่น ในคดี *United States v. Motion Picture patents Co., 225 F.800 (E.D. pa. 1915)* และคดี *Standard Oil Co. (Ind) v. U.S., 283 U.S. 163, 174 (1931)* ซึ่งศาลได้เพิ่มแบบทดสอบเพื่อพิสูจน์อำนาจเหนือตลาดสำหรับพิจารณาว่าการทำการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันนั้นจะต้องห้ามตาม the Sherman Act หรือไม่ กล่าวคือ หากเห็นได้ชัดว่าการร่วมมือกันของเหล่าผู้ทรงสิทธิบัตรที่แข่งขันกัน สามารถก่อให้เกิดผลผูกขาดอุตสาหกรรม ด้วยอำนาจในการกำหนดอัตราและคงไว้ซึ่งการเก็บค่าตอบแทนการอนุญาตใช้สิทธิบัตร ได้ก็เท่ากับมีอำนาจกำหนดราคาขายได้ ซึ่งเป็นสิ่งที่เกินเลยไปกว่าสิทธิประโยชน์ที่สิทธิบัตรมอบให้และถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อ the Sherman Act ในคดี *United States v. Line Material Co., 333 U.S. 287 (1948)* ศาลสหรัฐฯ ได้แสดงให้เห็นว่าไม่เพียงแต่การทำ patent pool ในสิทธิบัตรที่แข่งขันกัน (competeting patent) เท่านั้นที่จะขัดต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาด ข้อตกลงร่วมกันที่สร้างขึ้นเพื่อรวบรวมสิทธิบัตรที่ขัดขวางการใช้สิทธิบัตรอื่นอยู่ (blocking patents) หากเกี่ยวข้องไปถึงการกำหนดราคาถือเป็นการผิดด้วยเช่นกัน\* ในคดีนี้การทำสัญญา cross-licensing ระหว่างผู้ทรงสิทธิบัตรเดิมกับผู้ทรงสิทธิบัตรที่ได้พัฒนาเพิ่มเติมจากสิทธิบัตรเดิมในอุปกรณ์ฟิวส์อิเล็กทรอนิกส์ (electric fuse cutout) ถือเป็นการผิดโดยตนเอง (per se) ตาม the Sherman Act เพราะในสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดว่าด้วยการรักษาระดับราคาขาย (price maintenance provisions) โดยศาลสหรัฐฯ ได้ให้ความเห็นว่า แม้ผู้ทรงสิทธิบัตรจะมีสิทธิได้รับยกเว้นในการจำกัดหรือผูกขาดการค้า แต่ข้อกำหนดราคาขายสินค้าที่ผู้ได้รับอนุญาตใช้สิทธิบัตรผลิตขึ้นเพื่อรักษาระดับราคาสินค้าของตนแม้จะมีประโยชน์ที่อาจจะเป็นสิ่งกระตุ้นให้เกิด

\* ประเด็นของการกำหนดราคาโปรดดูความเห็นของฝ่ายผู้ประกอบการในท้ายบทนี้ประกอบ

การใช้สิทธิบัตรอย่างกว้างขวางยิ่งขึ้นก็ตาม ข้อตกลงดังกล่าวก็ถือเป็นความผิดโดยตนเอง (per se) ภายใต้ the Sherman Act

น่าสังเกตว่า ศาลสหรัฐฯมิได้เลือกให้เลิกสัมฤทธิ์การทำ patent pool แต่ใช้วิธีการเยียวยาความเสียหายโดยมีคำสั่งให้อนุญาตให้สิทธิบัตร โดยบังคับ (compulsory licensing)\* โดยให้เก็บค่าตอบแทนได้ตามสมควร (reasonable royalties) ดังตัวอย่างที่ปรากฏในคดี *Hartford-Empire v. United States*,. 323 U.S. 386, 406 (1945) *Hartford-Empire*\*\* เป็นบริษัทที่ถูกก่อตั้งเพื่อรวมเอาสิทธิบัตรต่างๆ ในอุตสาหกรรมแก้ว เครื่องจักรที่อาศัยสิทธิบัตรดังกล่าวได้ผลิตภาชนะแก้วที่มีส่วนแบ่งตลาดถึงร้อยละ 94 ของภาชนะแก้วที่ผลิตในประเทศสหรัฐอเมริกาทั้งหมด เป็นเหตุให้บรรดาสมาชิกของ Hartford-Empire สามารถควบคุมราคาเครื่องแก้วไว้ได้ในราคาที่สูงเกินควร หลังจากศาลได้ใช้แบบทดสอบอำนาจผูกขาดจากในคดี *Standard Oil* เพื่อพิสูจน์จนพบว่าบริษัท Hartford-Empire มีอำนาจเหนือตลาดจริง ศาลสหรัฐฯได้ชี้ให้เห็นว่าภายใต้ข้อสัญญาว่าร่วมกันดังกล่าว Hartford-Empire ได้เข้าควบคุมและระงับการแข่งขันการใช้เครื่องจักรผลิตแก้วและได้ใช้ประโยชน์จากสิทธิบัตรที่ถูกรวบรวม\*\*\* เพื่อกำหนดแบ่งพื้นที่ผลิตและรักษาระดับราคาของเครื่องแก้วอยู่เป็นเวลานานหลายปี เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายศาลสหรัฐฯได้มีคำสั่งให้ Hartford-Empire ต้องให้อนุญาตให้สิทธิบัตรของบริษัทโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ (discrimination) หรือข้อจำกัด (restriction) ในอัตราค่าตอบแทนมาตรฐาน (standard royalty rates)

เมื่อกระทรวงยุคิธรรมสหรัฐฯ เริ่มแสดงออกถึงนโยบายการต่อต้านการผูกขาดให้เห็นชัดเจนในช่วงปลายของยุคทศวรรษ ค.ศ. 1960 โดยยึดแนวทางตามที่ศาลสหรัฐฯด้วยการแสดงท่าทีคัดค้านและตั้งข้อสงสัยต่อการจำกัดการแข่งขันที่เป็นผลจากข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรต่างๆ โดยถือว่าการผูกขาดสิทธิบัตรก่อให้เกิดอำนาจผูกขาดให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตร ดังนั้นการปฏิบัติต่อสิทธิบัตรจึงควรมีความเข้มงวดกว่าทรัพย์สินอย่างอื่นภายใต้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดทางการค้า และลงเอยด้วยการกำหนด "การกระทำต้องห้าม 9 ประการ" (Nine No-Nos) สำหรับการทำสัญญาอนุญาตให้

\* ตัวอย่างกรณีที่ศาลสหรัฐฯใช้มีคำสั่งบังคับใช้สิทธิบัตรเพื่อเยียวยาความเสียหายในคดีต่อต้านการผูกขาดคือ คดี *Image technical service, Ins vs. Eastman Kodak company*, 125 F. 3d 1195, 1201 (9<sup>th</sup> Cir. 1997) ในบทเดียวกันนี้

\*\* การจัดตั้ง Hartford-Empire ถือเป็นหนึ่งข้อตกลง patent pool ที่ถูกกล่าวขวัญมากที่สุดในการฝ่าฝืนบทบัญญัติ the Sherman Act และ Clayton Act ด้วยการเข้าควบคุมสิทธิบัตรจำนวนกว่า 600 ฉบับในอุตสาหกรรมแก้วของสหรัฐอเมริกา

\*\*\* ในข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิมีเงื่อนไขที่ผู้รับอนุญาตต้องโอนสิทธิบัตรที่ปรับปรุงกรรมวิธีการผลิตจากสิทธิบัตรเดิมให้แก่ผู้ให้อนุญาต (Hartford-Empire) ด้วย



ใช้สิทธิบัตรที่ กระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ ถือว่าเป็นความผิดโดยตัวเอง (per se) ตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาด ข้อห้ามทั้ง 9 ประการประกอบไปด้วย

- 1) การกำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตต้องซื้อวัสดุที่ไม่ได้รับสิทธิบัตร (unpatented materials) จากผู้ให้อุญาต
- 2) การกำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตโอนสิทธิบัตรที่อาจเกิดขึ้นภายหลังทำสัญญาอนุญาตให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตร
- 3) ความพยายามเพื่อจำกัดผู้ซื้อในการขายต่อสินค้าที่ได้รับสิทธิบัตรนั้น
- 4) จำกัดเสรีภาพของผู้ได้รับสิทธิบัตรในการตกลงค้าขายสินค้าหรือบริการซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสิทธิบัตร
- 5) ตกลงกับผู้ได้รับอนุญาตว่าผู้ให้อุญาตตกลงจะไม่โอน (grant) สิทธิบัตรให้แก่บุคคลอื่นโดยปราศจากความยินยอมของผู้ได้รับอนุญาต
- 6) การกำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตต้องรับสัญญาอนุญาตใช้สิทธิบัตรแบบรวมชุด (package license)
- 7) การกำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตจ่ายค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรรวมถึงค่าตอบแทนจากยอดขายรวม ในจำนวนที่ไม่สมเหตุสมผลกับยอดการขายสินค้าที่ได้รับสิทธิบัตรของผู้ได้รับอนุญาต
- 8) การพยายามจำกัดการขายสินค้าที่ผลิตจากกระบวนการตามสิทธิบัตรในกรรมวิธี
- 9) การกำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตต้องยอมรับกับราคาที่ถูกระบุหรือราคาขั้นต่ำในการขายสินค้าที่ได้รับสิทธิบัตร

### 3.1.2 แนวทางการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดภายหลังแนวคิดเศรษฐกิจแบบใหม่

ด้วยท่าทีนโยบายที่แข็งกร้าวของกระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ เช่นนี้ทำให้บรรดาบริษัทต่างรู้สึกอึดอัดและการทำงานข้อตกลงร่วมกันเพื่อตั้ง patent pool ก็ลดจำนวนลง \* ดังตัวอย่างเช่นการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน อาจถูกคุกคามจากสมาชิกใน patent pool ด้วยคดีเรื่องการผูกขาดเพื่อใช้เป็นเครื่องมือต่อรองเจรจาเรียกร้องให้ขึ้นค่าตอบแทนการอนุญาต ในทางตรงกันข้ามผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรก็อาจฟ้องร้องคดีเพื่อกดดัน patent pool ให้ลดค่าตอบแทนลง นโยบายของ

---

\* Robert P. Merges ได้กล่าวไว้ว่า "นโยบายด้านการแข่งขันทางการค้าของรัฐบาลกลางเป็นสิ่งอธิบายได้ดีที่สุดถึงสาเหตุของจำนวน patent pool ที่มีอยู่เพียงเล็กน้อยในปัจจุบัน" ดู Robert P. Merges, "Contracting into liability rules: intellectual property rights and collective rights organizations", 84 CAL. L. Rev. 1293, 1355 (1996).



รัฐในลักษณะที่ไม่เอื้ออำนวยให้ทำ patent pool เช่นนี้เป็นเหตุผลหนึ่งของผู้ประกอบการไม่ประสงค์ให้จัดตั้ง patent pool แม้ว่าหากจัดตั้งขึ้นมาแล้ว (โดยมีการวางโครงสร้างที่ดี) จะก่อให้เกิดประโยชน์และสร้างประสิทธิภาพขึ้นก็ตาม นอกจากนี้ผู้ประกอบการยังมีความหวาดระแวงในการร่วมกันกำหนดมาตรฐาน โดยผู้ประกอบการว่าจะถูกดำเนินคดีตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดที่ส่งผลกระทบต่อความร่วมมือระหว่างผู้ประกอบการในสหรัฐฯ โดยตรง

### 3.1.2.1 การร่วมกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อเป็นประโยชน์

แนวทางการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดที่ไม่สามารถสร้างความมั่นใจให้กับผู้ประกอบการดังกล่าว ทำให้สถานการณ์ในช่วงนั้นนักวิชาการบางส่วนวิจารณ์ว่าเป็นสิ่งตรงกันข้ามกับสิ่งที่ผู้ประกอบการต้องการ<sup>7</sup> และยังคงเหมือนจะไม่สอดคล้องกับแนวคิดในการพัฒนาเศรษฐกิจสมัยใหม่ที่อาศัยการคิดค้นเทคโนโลยีใหม่ๆ เป็นแรงขับเคลื่อนเศรษฐกิจ<sup>8</sup> การวิเคราะห์ปัญหาการแข่งขันทางการค้าโดยละเอียดความสำคัญของกระบวนการพัฒนานวัตกรรม จะส่งผลกระทบต่อการพัฒนาด้วยเหตุผลที่ผู้ประกอบการที่ร่วมมือกันพัฒนาเทคโนโลยีโดยอาศัยข้อตกลงในแนวนอนระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกัน (ซึ่งรวมถึงการตกลงร่วมกันทำ Consensus standard) ต้องเผชิญกับความเสี่ยงจากการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดในลักษณะดังกล่าว ที่จริงแล้ว การพิจารณาปัญหาการแข่งขันสมัยใหม่ไม่ควรจำกัดกรอบการพิจารณาโดยมุ่งไปที่โครงสร้างของตลาด (Market structure analysis) เป็นเครื่องตัดสินการพิจารณาปัญหาการแข่งขัน แต่ผู้บังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดควรพิจารณาในมุมมองกว้าง เช่น โครงสร้างของตลาด ประกอบกับลักษณะของพฤติกรรม ประสิทธิภาพ รวมไปถึง ความเหมาะสมในแต่ละยุคสมัย แหล่งการลงทุน ความรู้แบบแฝง และตลาดของสินค้าและบริการที่ใช้ประกอบ จึงจะเหมาะสมกว่า

แม้ว่ากระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ จะประกาศยกเลิกข้อห้าม 9 ประการ (Nine No-Nos) ในเวลาต่อมา และการขยายตัวอย่างรวดเร็วและความสำคัญของเศรษฐกิจรูปแบบใหม่ (new economy) ในช่วงเวลานั้นทำให้หน่วยงานอย่างกระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ และ FTC ต้องทบทวนและตระหนักถึงประโยชน์และประสิทธิภาพต่อการแข่งขันของความร่วมมือระหว่างผู้ประกอบการและการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันมากขึ้น

<sup>7</sup> Carl Cargill, "Intellectual property rights and standards setting organizations: An overview of failed evolution", submitted to the Department of Justice and the Federal Trade Commission, 27 March 2002. หน้า 6-7.

<sup>8</sup> Thomas M. Jorde และ David J. Teece, "Rule of reason analysis of horizontal arrangements; Agreements designed to advance innovation and commercialize technology", Antitrust law journal, 61:2 (1993).

ข้อสงสัยต่อการกำหนดมาตรฐานเป็นการจำกัดการแข่งขันระหว่างกันหรือเป็นการพยายามผูกขาดตลาดก็ตาม สำหรับในอุตสาหกรรมที่ไม่มีประเด็นของผลกระทบจากเครือข่ายหรือมีเพียงเล็กน้อย Carl Shapiro มีความเห็นว่า แน่ใจว่าผู้บริโภคย่อมได้รับประโยชน์จากการแข่งขันของผู้ประกอบการในการเสนอสินค้าหรือบริการที่หลากหลายแทนที่จะตกลงกันเสนอสินค้าหรือบริการแบบเดียวกัน ทำให้ผู้ประกอบการต้องแข่งขันกันทั้งด้านคุณภาพและราคา แต่เหตุผลอาจเปลี่ยนไปหากอุตสาหกรรมนั้นมีผลกระทบจากเครือข่ายที่สูง ผู้บริโภคอาจได้ประโยชน์จากการมีเครือข่ายเพียงเครือข่ายเดียวมากกว่าการแบ่งแยกออกเป็นเครือข่ายย่อยๆ อีกทั้งถึงแม้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดของรัฐไม่ต้องการให้มีการผูกขาดเกิดขึ้นแต่ผลกระทบจากเครือข่ายทำให้อุตสาหกรรมมีลักษณะของการผูกขาดตามธรรมชาติ

หากพิจารณาอุตสาหกรรมโดยพิจารณาจากผลกระทบจากเครือข่ายเพียงอย่างเดียว สิ่งสำคัญจะอยู่ที่ปัญหาอำนาจผูกขาดของผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของเครือข่ายที่จะมั่นคงแข็งแรงจนไม่อาจมีผู้ประกอบการรายใดขึ้นมาแข่งขันด้วยได้ ในสถานการณ์เช่นนั้น ผู้ประกอบการจึงอาจมีแรงจูงใจให้ชะลอการเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีเพื่อพยายามรักษาอำนาจตลาดของตนเองไว้ แต่ถึงอย่างไรก็จะมีผู้ประกอบการรายอื่นที่มีเทคโนโลยีเหนือกว่าก้าวเข้ามาแทนที่ผู้ผูกขาดเดิมอยู่เรื่อยๆ (ตามแนวความคิดการทำลายเชิงสร้างสรรค์) ดังนั้นตามแนวความคิดนี้ การผูกขาดในอุตสาหกรรมแบบเครือข่ายจึงไม่เป็นการถาวร แต่มีปัญหว่าหากผู้แข่งขันที่มีเทคโนโลยีเหนือกว่ามากนั้นถูกผู้ผูกขาดในปัจจุบันกีดกันจนไม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้จะทำอย่างไร หากผู้ผูกขาดใช้อำนาจตลาดของตนเองเพื่อขัดขวางการเข้าสู่ตลาดของเทคโนโลยีใหม่ก็เป็นการกระทำเพื่อรักษาอำนาจตลาดของตนเองไว้ ซึ่งอาจเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดได้ นั่นคือกฎหมายต่อต้านการผูกขาดต้องรักษาตลาดให้เปิดกว้างอยู่เสมอเพื่อให้เทคโนโลยีใหม่เข้าสู่ตลาดได้ตลอดเวลา

การชั่งน้ำหนักระหว่างผลได้และผลเสียจากการร่วมกันกำหนดมาตรฐานนั้นทำได้ไม่ง่ายนักเพราะมีปัจจัยที่ต้องคำนึงถึงจำนวนมากและซับซ้อน อย่างไรก็ตาม Katz และ Shapiro (1998) ได้เสนอแนวทางในการพิจารณาผลต่อการแข่งขันสำหรับการร่วมกันกำหนดมาตรฐานไว้ดังนี้

- หน่วยงานต่อต้านการผูกขาดควรทำการพิจารณาโดยคำนึงถึงความเสียหาย ที่จะเกิดแก่บุคคลที่สามซึ่งมิได้ร่วมเป็นส่วนหนึ่งของการกำหนดมาตรฐานที่ถูกพิจารณา เช่น ผู้บริโภคและบรรดาซัพพลายเออร์ทั้งหลาย

- หากอุตสาหกรรมนั้นมีผลกระทบของเครือข่ายที่รุนแรง (มีปัญหาความเข้ากันได้สูง) หนทางที่ดีที่สุดคือให้มีผู้ประกอบการจำนวนมากแข่งขันกันเสนอสินค้าที่ทำงานร่วมกันได้ (compatible products) เพราะการแข่งขันกันที่รุนแรงภายใต้เครือข่าย(หรือระบบ) เพียงหนึ่งเดียวจะก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่มีประสิทธิภาพ

- หากว่ามาตรฐานนั้นสามารถได้รับความนิยมนั้นมีฐานะเป็นมาตรฐานโดยพฤตินัย แม้ว่าจะไม่มีการร่วมกันกำหนดมาตรฐานเกิดขึ้น ผลตอบแทนทั้งหมดจากสินค้าภายใต้มาตรฐานนั้นย่อม

ตกอยู่แก่ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ควบคุมมาตรฐานเพียงหนึ่งหรือไม่กี่ราย (winner-take-all) จะดีกว่าหรือไม่หากผลตอบแทนจำนวนดังกล่าวจะถูกกระจายออกไปสู่ผู้ประกอบการอื่นๆที่เข้าร่วมแข่งขันภายใต้มาตรฐานเดียวกัน

### 3.1.2.1.1 การแข่งขันที่ไม่ถูกปิดกั้น

แนวทางพิจารณาพฤติกรรมความร่วมมือของผู้ประกอบการเพื่อประโยชน์ในการร่วมกันวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยี ได้ถูกยกขึ้นเป็นประเด็นให้เกิดการทบทวนการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในบางอุตสาหกรรมที่ถูกขับเคลื่อนด้วยนวัตกรรม และนำแนวคิดเรื่องผลกระทบจากเครือข่าย (network effect) มาปรับใช้กับการพิจารณาปัญหาการแข่งขัน อีกทั้งแนวคิดการทำลายเชิงสร้างสรรค์ (creative destruction) ก็ได้รับการพูดถึงอยู่บ่อยครั้งในเชิงวิชาการ ผู้บริหารระดับสูงของหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดและนักวิชาการอิสระ\* ต่างก็แสดงความคิดเห็นตรงกันอย่างชัดเจนว่า ประเด็นสำคัญสำหรับการแข่งขันในอุตสาหกรรมเครือข่ายหรือจะเป็นอุตสาหกรรมที่ขับเคลื่อนด้วยนวัตกรรมก็ตาม ต่างก็ต้องทำให้กระบวนการแข่งขันเปิดกว้าง มิให้มีการกีดกันคู่แข่งเข้าสู่ตลาด\*\* (เช่นการกีดกันไม่ให้เข้าถึงปัจจัยการผลิตที่จำเป็น) และทำให้ผู้ประกอบการมุ่งเน้นไปที่การพัฒนาสินค้าใหม่ๆแทนที่จะพยายามใช้วิธีขัดขวางคู่แข่งในลักษณะต่างๆ เช่นเดียวกับความเห็นของ Robert Pitofsky ที่มีความเห็นว่า นโยบายการแข่งขันต้องปรับตัวให้เหมาะสมกับสภาพความเป็นจริงของเศรษฐกิจแบบใหม่ ซึ่งจำเป็นต้องรักษาไว้ซึ่ง “แรงกระตุ้น” (incentive) และ “โอกาส” (opportunity) ของผู้ประกอบการในการคิดค้นนวัตกรรมสู่สังคม<sup>9</sup>

ปัญหาก็คือ ผู้มีอำนาจเหนือตลาดส่วนใหญ่ก็ย่อมอยากรักษาสถานะอำนาจเหนือตลาดของตนเอาไว้ ดังนั้น เราจึงอาจพบพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่พยายามขัดขวางคู่แข่งที่มีประสิทธิภาพเข้าสู่ตลาด ปฏิเสธคู่แข่งไม่ให้เข้าถึงข้อมูลและปัจจัยการผลิตที่จำเป็นสำหรับการแข่งขันในตลาด ก็เพื่อพยายามหวังเห็นว่าการพัฒนานวัตกรรมจากการทำให้การเข้าสู่ตลาดทำได้ยากและมีต้นทุนที่สูงขึ้น ซึ่งย่อมเป็นหน้าที่ของกฎหมายต่อต้านการผูกขาดทางการค้าจะเข้าไป

\* ตัวอย่างเช่น Carl Shapiro ซึ่งดำรงตำแหน่งเป็น Deputy assistant attorney general Antitrust division U.S. department of Justice

\*\* ตามทฤษฎีการทำลายเชิงสร้างสรรค์ที่ว่า การพัฒนาสินค้าให้มีประสิทธิภาพสูงขึ้นในราคาที่ถูกลงจนสามารถเข้าแทนที่ผู้ผูกขาดเดิมได้นั้น จะอยู่ต้องอยู่บนหลักการที่ว่าคู่แข่งที่มีประสิทธิภาพสามารถเข้าสู่กระบวนการแข่งขันได้โดยอิสระเสียก่อน

<sup>9</sup> Robert Pitofsky, “Antitrust and Intellectual Property: Unresolved issues at the heart of the new economy”, March 2, 2001.

ควบคุมดูแลพฤติกรรมไม่ให้สามารถปิด “โอกาส” คู่แข่งในการแข่งขันคิดค้นสิ่งใหม่ๆ ในขณะเดียวกันก็ต้องรักษาสีทิวทัศน์ในทรัพย์สินทางปัญญาของเอกชนไม่ให้ถูกระทบมากเกินไป จนกระทั่งขาด “แรงกระตุ้น” ในการประดิษฐ์คิดค้นไป การหาจุดสมดุลย์เช่นว่านี้ แน่แน่นอนว่าไม่ใช่เรื่องง่ายและก่อให้เกิดความคิดเห็นแตกต่างกันไป ดังจะได้ยกขึ้นกล่าวต่อไป

### 3.1.2.1.2 แนวความคิดเรื่อง “ตลาดนวัตกรรม” (Innovation market concept)

การพิจารณาการแข่งขันตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดนั้น ผลกระทบจากการร่วมกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อไม่เพียงแต่อาจมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องอย่างตลาดสินค้า (good market) หรือตลาดเทคโนโลยี (technology market) แต่การร่วมกันกำหนดมาตรฐานยังอาจมีผลกระทบต่อการแข่งขันในการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยี กล่าวคือ การร่วมกันกำหนดมาตรฐานอาจทำให้คู่แข่งลด “แรงจูงใจ” (incentive) ในการแข่งขันกันวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีระหว่างกันลงไป เพราะเมื่อผู้ประกอบการต่างๆ หันมาร่วมกันกำหนดมาตรฐานขึ้นเพื่อใช้ร่วมกัน จึงไม่มีความจำเป็นต้องแข่งขันกันพัฒนาเพื่อแย่งชิงความได้เปรียบทางเทคโนโลยีอีกต่อไปซึ่งอาจส่งผลเสียต่อการพัฒนาสินค้าใหม่หรือการปรับปรุงประสิทธิภาพสินค้าให้สูงขึ้นในอนาคต

หน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐฯ จึงได้ใช้แนวคิดเรื่องตลาดที่เกี่ยวข้องกับการวิจัยและพัฒนาขึ้น เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขัน R&D โดยเฉพาะ เรียกว่า “ตลาดนวัตกรรม” (Innovation market) ซึ่งถูกนำมาเริ่มใช้พิจารณาประเด็นปัญหาการแข่งขันเรื่องการควบรวมกิจการ (merger) และการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา นอกจากนี้ยังมีประโยชน์สำหรับการกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเพื่อจำกัดขอบเขตของข้อมูลที่จะนำไปพิจารณาการแข่งขัน ที่เรียกว่า “market definition”<sup>\*</sup> ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักพื้นฐานที่เรียกว่า “first principles”

การกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องมีความสำคัญต่อการพิจารณาอำนาจเหนือตลาดเป็นอย่างมาก เพราะการกำหนดขอบเขตที่เปลี่ยนไปย่อมกระทบถึงสัดส่วนของส่วนแบ่งตลาด ยอดขาย

<sup>\*</sup> ตลาดที่เกี่ยวข้องสามารถพิจารณาได้จาก

1) ตลาดเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ (product market) การมีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาดต้องพิจารณาที่ตัวผลิตภัณฑ์ (product) นั้นว่ามีผลิตภัณฑ์อื่นที่สามารถทดแทนกันได้ (close substitute) ก็ให้จัดอยู่ในตลาดเดียวกัน โดยเปรียบเทียบจากคุณลักษณะความใกล้เคียงกันและสามารถทดแทนกันได้ในด้านต่างๆ ได้แก่ ราคา (price) การใช้ประโยชน์หรือการใช้งาน (use) และคุณภาพ (quality) ของสินค้า

2) ตลาดตามภูมิศาสตร์ (geographic market) เป็นการพิจารณาถึงพื้นที่ใดๆก็ตามที่ผู้ประกอบการธุรกิจในพื้นที่นั้น มีการแข่งขันกับผู้ประกอบการอื่น ขอบเขตของพื้นที่จะมีขนาดกว้างหรือแคบเพียงใดขึ้นอยู่กับประเภทสินค้านั้น



และสภาพการแข่งขันที่พิจารณาได้ เช่น ถ้าตลาดถูกกำหนดแคบหรือกว้างเกินไป การวัดส่วนแบ่งตลาดและยอดขายก็อาจสูงหรือต่ำเกินจริงไปด้วย ดังนั้น การกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องที่ผิดพลาดจึงเป็นสาเหตุของความผิดพลาดในการพิจารณาการแข่งขันได้เช่นกัน

ในการพิจารณาพฤติกรรมร่วมกันกำหนดมาตรฐานฯ โดยผู้ประกอบการก็จำเป็นต้องพิจารณาถึงอำนาจเหนือตลาดของบรรดาผู้ประกอบการที่เข้าร่วมกำหนดมาตรฐานโดยกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องด้วยเช่นกัน แต่มีปัญหาว่า ในขณะที่กำลังดำเนินการกำหนดมาตรฐานอยู่นั้น เราจะสามารถกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องได้อย่างไร เมื่อสินค้า(มาตรฐาน)ยังไม่สำเร็จออกมาเป็นตัวตน การพิจารณาผลกระทบจากการร่วมกันกำหนดมาตรฐานต่อการแข่งขันในตลาดของสิ่งที่ยังไม่เกิดขึ้นจึงไม่สามารถทำได้โดยง่าย การกำหนดขอบเขตตลาดจากตลาดที่เกี่ยวข้องของการประกอบธุรกิจในปัจจุบันของผู้ประกอบการที่ร่วมกำหนดมาตรฐานนั้นไม่สามารถทำได้เพราะมาตรฐานเมื่อถูกประกาศออกมานั้นอาจจะเป็นการสร้างตลาดที่เกี่ยวข้องใหม่ขึ้นมาก็เป็นได้\* เหตุผลเหล่านี้ทำให้หน่วยงานต่อต้านการผูกขาดจึงได้นำแนวคิดของตลาดนวัตกรรม (innovation market) ขึ้นมาใช้เพื่อพิจารณาผลกระทบของการกระทำที่ส่งผลต่อการแข่งขันของตลาดในอนาคตขึ้น โดยตลาดนวัตกรรมจะมีผลกระทบต่อตลาดเทคโนโลยีและตลาดสินค้าเป็นทอดๆ ดังภาพ



อย่างไรก็ตาม แนวความคิดนี้ก่อให้เกิดข้อวิพากษ์จากนักวิชาการว่าการนำแนวคิดตลาดนวัตกรรมมาใช้จะเป็นประโยชน์หรือไม่ Richard J. Gilbert และ Steven C. Sunshine (1995) มีความเห็นว่าการกำหนดตลาดนวัตกรรมขึ้นมา นั้น ถือเป็นเครื่องมือที่มีคุณค่าสำหรับการประเมินผลกระทบที่มีต่อ “แรงจูงใจ” ในการทำวิจัยและพัฒนา การพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันโดยอาศัยข้อเท็จจริงในตลาดสินค้าที่เป็นอยู่ในปัจจุบันอาจไม่สามารถทราบถึงผลที่จะเกิดขึ้นตามมาของความผันผวนในความพยายามพัฒนาสิ่งประดิษฐ์ ทำให้เราอาจสูญเสียการพัฒนาสินค้าตัวใหม่หรือการปรับปรุงสินค้าให้ดียิ่งขึ้นไป เช่นเดียวกับในการประชุมเรื่องนโยบายการแข่งขันและทรัพย์สินทางปัญญาของ OECD ที่จัดขึ้นในเดือนตุลาคม ปี ค.ศ.1997 ที่สรุปได้ว่า “ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันในการผลิตสินค้ายุคถัดไปซึ่งรูปลักษณะของสินค้านั้นจะออกมาเป็นแบบใดยังไม่ปรากฏชัดเจน จึงเป็นความลำบากที่จะพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันโดยปราศจากแนวคิดเรื่องตลาดนวัตกรรม”

\* ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดในตลาด CD ก็ไม่ได้หมายความว่า จะสามารถพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาด CD ในปัจจุบันเพื่อนำไปพิจารณาอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการในตลาด DVD ได้



ส่วนเสียงที่ไม่เห็นด้วยกับการกำหนดตลาดนวัตกรรม ซึ่งเป็นการนำเอาหลักการวิเคราะห์การแข่งขันแบบปกติมาใช้กับกิจกรรมการวิจัยและพัฒนา เช่น Carlton, Hay, Hoerner และ Rapp ต่างตั้งข้อสงสัยถึงการใช้นโยบายนี้ Rapp (1995) มีความเห็นว่า คำว่า “นวัตกรรม” นั้นยากที่จะกำหนดวัดได้ และการวิจัยและพัฒนา (R&D) เป็นเพียงทางผ่าน (proxy) สำหรับการเกิดนวัตกรรมเท่านั้น ในขณะที่ไม่มีทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์หรือการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความเชื่อมโยงระหว่างโครงสร้างของตลาด, การวิจัยและพัฒนาและนวัตกรรม ที่จะนำไปสู่หลักเกณฑ์ของตลาดนวัตกรรมได้เลย ความไม่ชัดเจนทั้งทางทฤษฎีและข้อเท็จจริงของความสัมพันธ์ระหว่างความพยายามวิจัยและพัฒนาในปัจจุบันที่มีต่อนวัตกรรมในอนาคตและประโยชน์ต่อผู้บริโภคนี้ การกำหนดตลาดนวัตกรรมจึงเป็นเพียง “การคาดเดา” (speculative) ถึงผลกระทบที่เกิดจากการวิจัยและพัฒนาในปัจจุบันที่จะมีต่อการแข่งขันในอนาคต ดังนั้นนักวิชาการบางท่านจึงลงความเห็นว่ายานยนต์ต่อด้านการผูกขาดไม่ควรนำวิธีการกำหนดตลาดนวัตกรรมนี้มาใช้ ทั้งนี้เพราะไม่เชื่อว่าหน่วยงานดังกล่าวจะสามารถทำนายถึงผลกระทบต่อการแข่งขันในอนาคตที่เกิดจากการวิจัยและพัฒนาในปัจจุบันได้อย่างแม่นยำ

อีกประการหนึ่งคือ ในทางเศรษฐศาสตร์ เมื่อผู้ผูกขาดจำกัดการผลิตเพื่อลดปริมาณสินค้าในตลาด การจำกัดการผลิต (output) จะทำให้ราคาสินค้าสูงขึ้นกว่าต้นทุน (costs) และความเสียหายเกิดขึ้นทั้งจากการไม่มีประสิทธิภาพในการผลิต (inefficiency) และความมั่งคั่งถูกถ่ายโอนจากผู้บริโภคไปสู่ผู้ผลิต แต่ในทางกลับกัน ไม่มีทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ใดที่กล่าวถึงผลที่จะเกิดขึ้นจากการจำกัดปัจจัยการผลิต ทั้งนี้ การวิจัยและพัฒนานั้น (R&D) ถือเป็นปัจจัยการผลิต (input) ไม่ใช่ผลผลิต (output) ดังภาพ



จึงไม่อาจสรุปได้ว่าการจำกัดการวิจัยและพัฒนาจะให้ผลเสียหายในลักษณะเดียวกับพฤติกรรมการจำกัดการผลิตของผู้ผูกขาดได้ ดังจะเห็นได้จากการควบรวมกิจการ หรือการร่วมกันวิจัยพัฒนาของกลุ่มผู้ประกอบการ (รวมถึงการร่วมกันกำหนดมาตรฐานฯ) อาจสามารถลดค่าใช้จ่ายด้านวิจัยและพัฒนาได้ เนื่องจากสามารถจัดความซ้ำซ้อนของการวิจัยและพัฒนาไปจึงทำให้มีประสิทธิภาพสูงขึ้น การแลกเปลี่ยนเทคนิคและความรู้ระหว่างกันยังอาจนำไปสู่การคิดค้นสิ่งประดิษฐ์ได้มากขึ้นในต้นทุนที่ต่ำลงอีกด้วย หรือในทางกลับกันก็อาจนำไปสู่การคิดค้นสิ่งประดิษฐ์ที่น้อยลงก็ย่อมเป็นไปได้ เพราะทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ไม่สามารถบอกผลอันเนื่องมาจากการลดปัจจัยการผลิตเพียงอย่างเดียวได้นั่นเอง

### 3.1.2.2 การทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันที่เป็นประโยชน์

การทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันจะมีประโยชน์ต่อการใช้สิทธิบัตรในการผลิตตามข้อกำหนดมาตรฐานในหลายประการ ได้แก่

#### 3.1.2.2.1 ปัญหาการปิดกั้นการใช้สิทธิบัตรโดยสิทธิบัตรอีกฉบับหนึ่ง (Blocking patent)

มาตรฐานที่จัดตั้งขึ้นอาจประกอบไปด้วยเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย สิทธิบัตรเป็นจำนวนมาก และยังประกอบไปด้วยผู้ทรงสิทธิบัตรต่างๆ จำนวนหลายราย หากขาดซึ่ง การดูแลจัดการที่ดีแล้วก็อาจเกิดปัญหานำมาตรฐานไปใช้ได้ อย่างเช่น ปัญหาที่สิทธิบัตรฉบับ หนึ่งไปปิดกั้นการใช้ประโยชน์ในสิทธิบัตรอีกฉบับหนึ่ง ที่เรียกว่า “Blocking patent” ซึ่งจะทำให้ ผู้ผลิตไม่สามารถนำมาตรฐานการเชื่อมต่อที่กำหนดขึ้นมาใช้ผลิตสินค้าได้ (Hold-up problem) ด้วยลักษณะของสินค้าที่อาศัยเทคโนโลยีสมัยใหม่ที่ต้องอาศัยเทคโนโลยีจากหลายบริษัทร่วมกัน หากตกลงกันไม่ได้ มาตรฐานใหม่ก็ไม่สามารถเป็นจริงขึ้นมาสำเร็จ ความล่าช้าในการรวบรวม เทคโนโลยีจากหลายบริษัทเข้าไว้ด้วยกัน Shapiro เรียกสถานการณ์เช่นนี้ว่า "Patent thicket"<sup>10</sup>

Heller และ Eisenberg (1998) ได้กล่าวถึงปัญหานี้ซึ่งเกิดขึ้นกับเทคโนโลยีชีวภาพ (Biotechnologies) ว่ามีลักษณะเป็น "Tragedy of the anti-commons" ซึ่งแสดงถึงปัญหาในอีกด้าน หนึ่งของแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีใครมีกรรมสิทธิ์เป็นเจ้าของที่แน่นอน จนอาจ นำไปสู่การเร่งเก็บเกี่ยวผลประโยชน์จนเกินระดับพอดี ที่เรียกว่า "โศกนาฏกรรมของสาธารณ สมบัติ" (Tragedy of the commons) สิทธิในทรัพย์สินร่วมที่ไม่ได้ถูกจัดวางอย่างเหมาะสม ทรัพยากรจะถูกนำมาใช้มากเกินไปจนนำไปสู่ความเสียหายอย่างยิ่งใหญ่ต่อผู้เกี่ยวข้องทั้งหมด เพราะการขาดสิ่งจูงใจในการป้องกันการใช้อย่างมากเกินไปและการทำลายทรัพยากร หากไม่มีใครเป็น เจ้าของทรัพยากรชนิดหนึ่ง ย่อมไม่มีใครพิจารณาถึงผลของการใช้ทรัพยากรของเขาคือผู้อื่น ตัวอย่างที่ถูกยกขึ้นมาประกอบคือ ในทุ่งหญ้าสำหรับเลี้ยงสัตว์สาธารณะซึ่งคนเลี้ยงสัตว์นำวัวเข้ามา กินหญ้าได้นั้น บรรดาคนเลี้ยงวัวทั้งหลายต่างพยายามนำวัวของตนเข้ามาเลี้ยงในทุ่งหญ้าสาธารณะ แห่งนี้ให้มากที่สุดโดยไม่มีจำกัด แต่ทุ่งหญ้าสาธารณะมีหญ้าและน้ำที่จำกัด ผลก็คือ ความมีอิสระ ในการใช้ทรัพยากรสาธารณะ เช่นทุ่งหญ้าจะนำมาซึ่งโศกนาฏกรรมมาสู่คนเลี้ยงวัวทุกคน\* ซึ่ง

<sup>10</sup> Carl Shapiro "Navigating the Patent Thicket: Cross licenses, Patent pools, and Standard setting", NBER Conference on Innovation policy and the economy (May 4,2000)

\* ปัญหานี้มีที่มาจากประเทศอังกฤษในศตวรรษที่ 14 ซึ่งมีทุ่งหญ้าอยู่รอบๆ หมู่บ้าน ชาวบ้านใช้ทรัพยากร ร่วมนี้เลี้ยงวัวและแกะของเขา เนื่องจากทรัพยากรร่วมถูกใช้ได้โดยทุกคน จึงเกิดการใช้ทุ่งหญ้าเลี้ยงสัตว์มาก เกินไป แต่ระหว่างศตวรรษที่ 16 เมื่อราคาของขนแกะเพิ่มขึ้น ประเทศอังกฤษกลายเป็นผู้ส่งออกขนแกะของโลก

Heller และ Eisenberg ได้อธิบายว่า จากทรัพย์สินทางปัญญาในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพที่มีจำนวนมากและเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ นั้น ทำให้ก่อนที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาของตน ผู้ทรงสิทธิจะต้องค้นหาและขออนุญาตใช้ทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องจากผู้ทรงสิทธิอื่นๆ เสียก่อน Heller และ Eisenberg เรียกผู้ทรงสิทธิอื่นๆ นี้ว่า "ผู้รักษาประตู" (the gatekeepers) ด้วยเหตุนี้ทรัพยากรที่มีอยู่จึงถูกนำมาใช้ประโยชน์ได้น้อยกว่าที่ควร หรือบางทีอาจจะไม่เคยถูกนำมาใช้ประโยชน์ได้เลย เพราะจำนวนผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีมากเกินไปจนสามารถขัดขวางผู้ทรงสิทธิอื่นๆ ในการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาของแต่ละคนได้

### 3.1.2.2.2 ปัญหาการคิดกำไรซ้ำซ้อน (double marginalization)

หากผู้เป็นเจ้าของสิทธิบัตรที่จำเป็นสำหรับการนำมาตราฐานไปใช้ไม่ได้มีเพียงรายเดียว นอกจากอาจเกิดปัญหา Blocking patent แล้ว ภายหลังจากมาตรฐานที่จัดตั้งได้รับความนิยมนในตลาดแล้ว การกำหนดราคาสำหรับการให้สิทธิ (Licensing) ก็อาจทำให้ผู้ที่ต้องการขอใช้สิทธิบัตรต้องจ่ายมากขึ้น Shapiro (2001) อธิบายปัญหานี้ว่า ราคาของทรัพย์สินทางปัญญาที่ต้องใช้ร่วมกันกับทรัพย์สินทางปัญญาอื่น (Complementary IP) หากทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านั้นต่างเป็นทรัพย์สินทางปัญญาของบุคคลหลายรายแยกจากกัน ก็จะเหมือนดังที่ Cournot (1838) เรียกว่า "complement problem" โดยคิดถึงสถานการณ์ที่ผู้ผลิตรายหนึ่งต้องการขออนุญาตใช้สิทธิบัตรสองฉบับที่จำเป็นสำหรับการผลิตสินค้าตัวใหม่ โดยที่สิทธิบัตรสองฉบับนั้นเป็นของเอกชนสองราย เมื่อเอกชนแต่ละรายต่างก็กำหนดอัตราค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรของตนเอง กรณีเช่นนี้ผู้ผลิตสินค้ามักจะต้องเสียค่าตอบแทนรวมแล้วเป็นจำนวนสูงกว่าสถานการณ์ที่สิทธิบัตรทั้งสองฉบับเป็นของเอกชนรายเดียวที่กำหนดอัตราค่าตอบแทนรวมกันเป็นอัตราเดียว (package) เนื่องจากเอกชนทั้งสองรายมิได้ตระหนักถึงข้อเท็จจริงที่สิทธิบัตรทั้งสองฉบับนั้นจะถูกนำไปใช้งานร่วมกัน ดังนั้นหากเอกชนแต่ละรายยอมลดค่าตอบแทนลง ทั้งสองอาจจะได้รับผลตอบแทนที่มากขึ้นเพราะราคาค่าตอบแทนการใช้สิทธิบัตรเมื่อรวมกันแล้วถูกลงจะเป็นสิ่งกระตุ้นอุปสงค์ให้มากขึ้นชดเชยกับราคาที่ลดลงได้ ราคาค่าตอบแทนรวมสำหรับการอนุญาตใช้สิทธิบัตรที่เป็นของเอกชนแยกจากกันจึงมักสูงกว่าราคาในกรณีที่มีร่วมกันให้อนุญาตใช้สิทธิบัตรรวมเข้าด้วยกัน หรือในอีกทางหนึ่งเอกชนแต่ละรายจะคาดการณ์ถึงผลกำไรจากสิทธิบัตรของตน โดยคำนวณผลกำไรจากการขึ้นราคาค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตร การขึ้นราคาค่าตอบแทนอาจทำให้จำนวนการให้อนุญาตลดลงไปและสุดท้ายแล้วผลกำไรที่ได้รับจะยังคงเดิม แท้จริงแล้วผลจากการขึ้นราคาที่ทำให้จำนวน

---

การเลี้ยงแกะกลายเป็นสิ่งที่ทำกำไรและผู้เลี้ยงแกะต้องการการควบคุมการใช้ที่ดินที่ดีขึ้น ดังนั้น ทรัพยากรร่วมจึงถูกปิดล้อมและกลายเป็นของส่วนตัว การใช้ทุ่งหญ้าเลี้ยงสัตว์มากเกินไปจึงหมดลงและการใช้ที่ดินมีประสิทธิภาพมากขึ้น

การให้อินนุญาตลงลงนั้นจะไปกระทบต่อจำนวนการให้อินนุญาตของเอกชนรายอื่นๆที่ต้องใช้ สิทธิบัตรร่วมกันลดลงตามไปด้วย นั่นก็คือ เอกชนแต่ละรายมองเห็นเพียงผลกำไรของตนเองจากการขึ้นราคา ทั้งที่จริงแล้วเป็นเพียงส่วนหนึ่งของภาพรวมทั้งหมด หากมองในภาพรวม เมื่อเอกชนรายหนึ่งขึ้นราคาจนสูงเกินควรจะส่งผลกระทบต่อจำนวนการให้อินนุญาตโดยรวมทำให้กำไรที่ได้รับน้อยกว่าที่ควรเป็นเพราะผลของการคาดการณ์กำไรเกินจริงของเอกชน

เนื่องจากในช่วงก่อนหน้านี้แนวทางการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐเป็นไปในลักษณะที่ไม่ไว้วางใจต่อพฤติกรรมความร่วมมือกันของผู้ประกอบการในการกำหนดมาตรฐานและการใช้สิทธิบัตรร่วมกันว่าจะถูกใช้เป็นการร่วมกันจำกัดการแข่งขัน จนเกิดเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาเศรษฐกิจเนื่องจากผู้ประกอบการไม่มั่นใจในแนวทางการพิจารณาของหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดที่เข้มงวดต่อการรวมตัวของผู้ประกอบการต่าง เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐจึงออกคำแนะนำที่เกี่ยวข้องกับการร่วมกันกำหนดมาตรฐานและการใช้ข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันเพื่อสนับสนุนมาตรฐานให้แพร่หลาย ดังนี้

### 3.1.2.3 แนวทางการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดต่อการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันภายใต้คำแนะนำในปี ค.ศ.1995

ในการออกคำแนะนำสำหรับการทำสัญญาอนุญาตใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ปี ค.ศ. 1995 (Antitrust guideline for the licensing of intellectual property 1995) ส่วนต้นของคำแนะนำสำหรับการทำสัญญาอนุญาตใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ปี ค.ศ.1995 เริ่มจากการเน้นย้ำถึงหลักพื้นฐานเดิมก่อนหน้านี้ว่ากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายต่อต้านการผูกขาดมีวัตถุประสงค์ร่วมกันคือการส่งเสริมให้เกิดนวัตกรรมและเพิ่มพูนประโยชน์สุขของผู้บริโภค<sup>11</sup> แล้วยังได้แสดงถึงหลัก 3 ประการที่ชี้ให้เห็นท่าทีที่เปิดกว้างมากขึ้นสำหรับการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดกับ patent pool หลักทั้ง 3 ประการ<sup>12</sup> มีดังนี้

- 1) ทรัพย์สินทางปัญญาควรถูกพิจารณาโดยเทียบได้กับทรัพย์สินประเภทอื่นๆทั่วไป
- 2) ทรัพย์สินทางปัญญาไม่ควรถูกสันนิษฐานว่าเป็นการก่อให้เกิดอำนาจเหนือตลาดในบริบทของการผูกขาด
- 3) การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทำให้บริษัทต่างๆสามารถรวบรวมปัจจัยที่ต้องใช้ร่วมกันสำหรับการผลิตเข้าไว้ด้วยกัน โดยทั่วไปแล้วการกระทำดังกล่าวเป็นการส่งเสริมต่อการแข่งขัน

<sup>11</sup> U.S. Antitrust guideline for the licensing of intellectual property 1995, หน้า 2.

<sup>12</sup> U.S. Antitrust guideline for the licensing of intellectual property 1995, หน้า 2-3.



จากหลักการทั้งสามข้อดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าการปฏิบัติต่อการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาในบริบทของการผูกขาดนั้นควรจะเป็นไปในลักษณะเช่นเดียวกับการปฏิบัติต่อการใช้ทรัพย์สินอื่นๆ ทั่วไป และจะไม่มี การตั้งข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการสร้างอำนาจเหนือตลาดซึ่งจะขัดกับกับการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาด และโดยทั่วไปการอนุญาตให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาให้ผลลัพธ์เป็นการส่งเสริมต่อการแข่งขัน สิ่งเหล่านี้ได้้นอกจากได้แสดงถึงคุณประโยชน์ของการอนุญาตให้ใช้สิทธิแล้ว ยังเป็นการปฏิเสธถึงประเด็นความขัดแย้งกันในทางทฤษฎีระหว่างกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายต่อต้านการผูกขาดให้หมดสิ้นไปอีกด้วย

ตามแนวทางในคำแนะนำฉบับนี้ การรวบรวมปัจจัยที่ต้องใช้ร่วมกันเพื่อการผลิต (complementary factors of production) จะช่วยเพิ่มพูนประสิทธิภาพการผลิตให้สูงขึ้น ดังนั้นการรวบรวมสิทธิบัตรที่ต้องใช้ร่วมกันจึงให้ผลเป็นการส่งเสริมการแข่งขัน ในขณะที่หากเป็นการรวบรวมปัจจัยที่ใช้ทดแทนกัน (substitute factors) ซึ่งเป็นทางเลือกในการแข่งขันเข้าไว้ด้วยกัน การจำกัดทางเลือกดังกล่าวโดยทั่วไปจึงจะถือว่าก่อให้เกิดผลเสียต่อการแข่งขันได้เช่นกัน (ซึ่งหลักการนี้ถือเป็นหลักสำคัญของการทำ patent pool นั่นเอง) และสำหรับสิทธิบัตรใดที่ขัดขวางการใช้สิทธิบัตรอีกฉบับหนึ่ง (blocking patent) จะถือว่าเป็นปัจจัยการผลิตที่ต้องใช้ร่วมกันเสมอ<sup>13</sup>

โดยสรุปจากคำแนะนำสำหรับการทำสัญญาอนุญาตให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ปี ค.ศ. 1995 การทำ patent pool (และรวมถึงทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นเช่นกัน) จะมีผลเป็นการส่งเสริมต่อการแข่งขัน เมื่อมีลักษณะดังต่อไปนี้

- 1) เป็นการรวบรวมเทคโนโลยีที่ต้องใช้ร่วมกันเข้ามาไว้ที่เดียวกัน (complementary technologies)
- 2) ช่วยให้ประหยัดค่าใช้จ่ายในการประกอบธุรกิจ (reduces transaction costs)
- 3) ช่วยแก้ปัญหาการเกิดสิทธิบัตรขัดขวางการใช้สิทธิบัตรอื่น (clears blocking position)
- 4) ช่วยให้หลีกเลี่ยงการดำเนินคดีละเมิดสิทธิบัตรซึ่งมีค่าใช้จ่ายสูง และ
- 5) เป็นการส่งเสริมการแพร่หลายของเทคโนโลยี

แต่การทำ patent pool จะมีผลเป็นการต่อต้านการแข่งขัน เมื่อ

- 1) การรวบรวมเทคโนโลยีไว้ด้วยกันทำให้ผู้ประกอบการอื่นถูกกีดกันและไม่สามารถแข่งขันได้อย่างแท้จริงในตลาด
- 2) ผู้ประกอบการใน patent pool ร่วมกันยึดครองอำนาจตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้อง และ
- 3) ข้อจำกัดในการมีส่วนร่วมไม่สมเหตุสมผลกับการพัฒนาและการแสวงหาประโยชน์จากเทคโนโลยีที่ถูกรวบรวมไว้

<sup>13</sup> U.S. Antitrust guideline for the licensing of intellectual property 1995, หน้า 5.



ในขั้นการวิเคราะห์ข้อตกลงร่วมกันตั้ง patent pool นั้นกระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ ได้รวบรวมหลักการข้างต้นเข้าสู่การสืบสวน 2 ประการด้วยกัน คือ

1) ข้อเสนอจัดตั้ง patent pool เป็นไปในลักษณะเพื่อเป็นการรวบรวมสิทธิในสิทธิบัตรที่ใช้ร่วมกัน (to integrate complementary patent rights) หรือไม่

2) หากเป็นจริงตามข้อ 1 ผลที่ได้รับจะเป็นประโยชน์ต่อการแข่งขันมากกว่าผลเสียหรืออันตรายที่อาจเกิดจากการทำ patent pool นั้นหรือไม่

- ข้อสัญญาการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรร่วมกันในแนวนอน: ปัญหาที่ยังไม่ได้รับการแก้ไข แม้ภายหลังมีคำแนะนำฉบับปี 1995 จะคลี่คลายความกังวลต่อการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรผ่าน patent pool ในแนวคิดให้ดีขึ้นแล้วก็ตาม แต่ในส่วนของอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในแนวนอนนั้น ในคำแนะนำปี ค.ศ.1995 ได้กล่าวถึงการอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างผู้ที่เป็นคู่แข่งกันในเรื่องที่ทำให้เกิดผลเสียต่อการแข่งขัน โดยระบุว่า “หากขาดซึ่งการจัดการที่ดีอาจส่งผลเป็นอันตรายต่อการแข่งขันได้”<sup>14</sup> และได้ยกตัวอย่างการอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างผู้ประกอบการที่แข่งขัน (การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในแนวนอน) ซึ่งเป็นผลเสียต่อการแข่งขันไว้บางประการ เช่น การทำข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ตัดโอกาสการเข้าถึงเทคโนโลยีคู่แข่ง ขัดขวางไม่ให้ผู้รับอนุญาตพัฒนาเทคโนโลยีของตนเองขึ้นมาแข่งขันด้วย หรือเปิดทางให้สามารถทำการแบ่งปันตลาดหรือกำหนดราคาขายสำหรับสินค้าหรือบริการที่มาจาการรับอนุญาตนั้น เป็นต้น

แม้คำอธิบายในคำแนะนำดังกล่าวอาจช่วยให้ผู้ประกอบการที่ต้องการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในแนวนอนได้ทราบแนวการพิจารณาของหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐฯ และสามารถหลีกเลี่ยงพฤติกรรมที่เสี่ยงต่อการถูกดำเนินคดีต่อต้านการผูกขาดได้ในระดับหนึ่ง แต่ยังมีรายละเอียดซึ่งยังไม่ได้ได้รับการกล่าวถึงในคำแนะนำฉบับนี้อีกบางส่วนที่ผู้ประกอบการย่อมไม่ต้องการเสี่ยงกับการคาดเดาถึงผลลัพธ์จากการพิจารณาของหน่วยงานต่อต้านการผูกขาด และยิ่งไปกว่านั้น ในคำแนะนำฉบับนี้ยังกล่าวถึงการอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบต่างตอบแทน (cross licensing) และการทำข้อตกลงร่วมกันใช้สิทธิบัตร (patent pool) ว่าสามารถก่อให้เกิดผลต่อต้านการแข่งขันในบางสถานการณ์ ดังตัวอย่างเช่น การร่วมกันกำหนดราคาหรือจำกัดการผลิตในการร่วมกันทำการตลาดในทรัพย์สินทางปัญญา หากไม่เป็นการสนับสนุนให้เกิดการเพิ่มประสิทธิภาพจากการร่วมกันทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจระหว่างคู่แข่งแล้วก็อาจถือเป็นการกระทำที่เป็นความผิด<sup>15</sup>

<sup>14</sup> U.S. Antitrust guideline for the licensing of intellectual property 1995, หน้า 6.

<sup>15</sup> U.S. Antitrust guideline for the licensing of intellectual property 1995, หน้า 28.

ตามที่นักวิชาการบางส่วนได้วิจารณ์ลักษณะของกฎหมายต่อต้านการผูกขาดที่มุ่งเน้นให้เกิดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการตามแบบจำลองสำนักนีโอคลาสสิกของสหรัฐฯ อาจทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาเสียเปรียบในการแข่งขันเมื่อเทียบกับประเทศญี่ปุ่นและสหภาพยุโรป (ซึ่งมีแนวทางการใช้กฎหมายที่ผ่อนปรนต่อความร่วมมือระหว่างผู้ประกอบการมากกว่าสหรัฐฯ) และจะกลายเป็นอุปสรรคในการทำข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการเพื่อร่วมกันพัฒนาและทำธุรกิจการค้าในเทคโนโลยีใหม่ๆ บรรทัดฐานของการพิจารณาการทำข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งกันก็ยังคงมีความคลุมเครือ เนื่องจากการพิจารณาข้อตกลงดังกล่าวจะถูกพิจารณาภายใต้หลักของเหตุและผล (rule of reason) ซึ่งปัจจัยต่างๆ ที่ถูกนำมาพิจารณานั้นมีความซับซ้อนและไม่ชัดเจน อีกทั้งในขณะนั้นประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดมาตรการที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ประกอบการขนาดเล็กในตลาดที่เรียกว่า "safe harbor" สำหรับการรวบรวมกิจการที่ยกเว้นกฎเกณฑ์การควบคุมให้แก่กิจการที่มีส่วนแบ่งตลาดรวมกันไม่ถึงร้อยละ 20 แต่กลับไม่ปรากฏ "safe harbor" ในลักษณะเดียวกันนี้สำหรับการทำข้อตกลงร่วมกันในแนวนอนระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกัน

จากรายงานของ FTC ในปี ค.ศ.1996 เองได้แสดงว่า FTC เองได้ตระหนักถึงปัญหาจากความคลุมเครือในแนวทางการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดกับการกระทำดังกล่าวที่จะบั่นทอนความมั่นใจของผู้ประกอบการในการมีความร่วมมือระหว่างกัน FTC จึงต้องการขจัดความคลุมเครือของแนวทางการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดนี้เหล่านี้ออกไป\* ข้างฝ่ายกระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ ก็แสดงท่าทีในลักษณะเดียวกันนี้เช่นกัน ดังเห็นได้จากคำกล่าวของ Carl Shapiro ในปีเดียวกันซึ่งนั้นดำรงตำแหน่งเป็นรองผู้ช่วยอัยการสูงสุดกรมต่อต้านการผูกขาด (Deputy assistant attorney general Antitrust division) แสดงจุดยืนของ DOJ ที่จะไม่แทรกแซงการแข่งขันในอุตสาหกรรมแบบเครือข่ายโดยไม่มีความจำเป็น\*\* อย่างไรก็ตาม Carl Shapiro ได้ปฏิเสธข้อกล่าวของนักวิชาการที่วิจารณ์การพิจารณาที่ผ่านมาของ DOJ ต่ออุตสาหกรรมสมัยใหม่ที่ไม่เหมาะสมว่าเป็นเพียงความ

---

\* ในรายงานฉบับดังกล่าวระบุไว้ว่า “the time has come for a significant effort to rationalize, simplify, and articulate in one document the antitrust standards that federal enforcers will apply in assessing collaborations among competitors. This effort should be directed at drafting and promulgating ‘competitor collaboration guidelines’ that would be applicable to a wide variety of industry settings and flexible enough to apply sensibly as industries continue rapidly to innovate and evolve.”

\*\* Carl Shapiro ได้กล่าวไว้ตอนหนึ่งในหัวข้อ "Antitrust/Intellectual Property Claims in High Technology Markets" ต่อหน้าของ American Law Institute and American Bar Association เมื่อวันที่ 25 มกราคม ปี ค.ศ.1996 ว่า “our job is to ensure that incumbent firms do not use their power to block technological progress. At the same time, we must be careful not to impose any drag on the healthy competitive dynamic that prevails in many network industries.”

เข้าใจผิดเท่านั้น\* และในที่สุดหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดทั้งสองแห่งก็ร่วมกันออกคำแนะนำการร่วมมือของผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งกันในเดือนเมษายน ปี ค.ศ.2000 (Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors, 2000)

### 3.1.2.4 คำแนะนำการร่วมมือของผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งกัน ปี ค.ศ.2000

ในคำแนะนำฉบับปี ค.ศ.2000 ได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์ที่ผู้บริหารกฎหมายต่อต้านการผูกขาดทางการค้าสหรัฐฯ ใช้พิจารณาประเด็นที่เกิดขึ้นเมื่อมีการร่วมมือกันระหว่างคู่แข่งทางธุรกิจ รวมถึงชี้ให้เห็นถึงประเด็นต่างๆ ที่เกิดขึ้นเปรียบเทียบกับกรณีการรวมบริษัทหรือการเข้ายึดบริษัทอื่นในแนวนอน หรือพฤติกรรมอื่นๆ ในลักษณะเดียวกัน การทำกิจการร่วมค้า (joint venture) และการร่วมเป็นพันธมิตรกันทางยุทธศาสตร์ (strategic alliance) พร้อมทั้งจำแนกวิเคราะห์ภาพรวมเพื่อช่วยเหลือผู้ประกอบการได้ประเมินความเสี่ยงที่เกิดจากพฤติกรรมความร่วมมือกันระหว่างคู่แข่งกันด้วยกัน อันอาจจะเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดได้

คำแนะนำการร่วมมือระหว่างผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งกัน ปี ค.ศ.2000 ได้เปลี่ยนแปลงลักษณะการนำเสนอบางประการจากคำแนะนำในปี ค.ศ.1995 ดังสังเกตได้จากในช่วงต้นของคำแนะนำได้ระบุว่า

"การแข่งขันในตลาดยุคใหม่ (modern markets) ผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งกันบางครั้งต้องการความร่วมมือระหว่างกัน การแข่งขันได้ผลักดันให้ผู้ประกอบการต่างๆ หันมาร่วมมือกันอย่างสลับซับซ้อนเพื่อให้บรรลุเป้าหมาย อย่างเช่นการขยายธุรกิจไปสู่ตลาดต่างประเทศ ร่วมลงทุนในการพัฒนานวัตกรรมซึ่งมีค่าใช้จ่ายสูง ลดต้นทุนการผลิตและค่าใช้จ่ายอื่น...ความร่วมมือกันดังกล่าวบ่อยครั้งที่ไม่เพียงเป็นประโยชน์แต่ยังช่วยส่งเสริมต่อการแข่งขันอีกด้วย ที่จริงแล้วในรอบสองทศวรรษที่ผ่านมา หน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐฯ ได้ดำเนินการทางแพ่งกับการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการเพียงเล็กน้อย ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม ความเข้าใจกันว่ากฎหมายต่อต้านการผูกขาดนั้นไม่ไว้วางใจต่อการทำข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งกันอาจกลายเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการร่วมมือกันที่เป็นการส่งเสริมการแข่งขัน..."<sup>16</sup>

หากเปรียบเทียบคำแนะนำในปี ค.ศ.1995 กับปี ค.ศ.2000 จะเห็นได้ว่า หน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐฯ ได้ปรับเปลี่ยนวิธีการนำเสนอที่มีความนุ่มนวลมากขึ้น จากที่เคยกล่าวในลักษณะ

---

\* เรื่องเดียวกัน "...Indeed, I am bemused when economists are broadly criticized for using static models of perfect competition (read: basic supply and demand tools) to study complex, dynamic industries. Such critics just don't know what industrial organization economists and business strategy scholars have been doing the past twenty years."

<sup>16</sup> U.S. Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors 2000, หน้า 2.

ของการแสดงถึงอันตรายจากการร่วมมือของผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งกันมาเป็นการแสดงออกถึงคุณประโยชน์ของความร่วมมือที่มีต่อการพัฒนาและเศรษฐกิจ

หลักการพื้นฐานในคำแนะนำฉบับปี ค.ศ.2000 นี้กำหนดแนวทางการพิจารณาความร่วมมือของผู้ประกอบการที่คล้ายคลึงกับแนวทางสำหรับการพิจารณาการควบรวมกิจการ (merger) กล่าวคือ ในขั้นแรกเริ่มจากการชี้เฉพาะและพิสูจน์ผลกระทบที่เป็นการส่งเสริมการแข่งขันที่ได้จากการร่วมมือกันนั้น ตามด้วยการชี้เฉพาะและพิจารณาผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้น และนำการชั่งน้ำหนักผลทั้งสองทางว่าอย่างใดมีน้ำหนักมากกว่า อย่างไรก็ตาม ในคำแนะนำได้ชี้ถึงความแตกต่างบางประการจากการควบรวมกิจการ กล่าวคือ ในกรณีการควบรวมกิจการจะเป็นการยุติการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการที่ควบรวมกันในตลาดที่เกี่ยวข้อง แต่ในกรณีความร่วมมือกันของผู้ประกอบการส่วนใหญ่ยังคงการแข่งขันระหว่างกันไว้ในบางรูปแบบ การแข่งขันที่คงเหลืออยู่นี้อาจช่วยลดข้อกังวลเกี่ยวกับการแข่งขันลงได้ แต่ก็เกิดคำถามขึ้นมาอีกว่าแล้วหากผู้ประกอบการได้ตกลงกันจำกัดการแข่งขันในส่วนที่คงเหลือการแข่งขันอยู่นั้นจะเป็นอย่างไร นั่นคือ ในการควบรวมกิจการมีลักษณะเป็นยุติการแข่งขันกันอย่างถาวรแต่การร่วมมือกันของผู้ประกอบการ โดยทั่วไปแล้วเป็นการยุติการแข่งขันเพียงในช่วงระยะเวลาหนึ่งและยังเป็นการยุติการแข่งขันเพื่อจุดประสงค์บางอย่างที่จำกัด ด้วยเหตุนี้การมีส่วนร่วมในความร่วมมือระหว่างผู้ประกอบการ โดยทั่วไปจึงยังคงมีคู่แข่งที่สามารถแข่งขันได้ (potential competitor) เหลืออยู่ แม้ว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นจะมิได้เป็นผู้ประกอบการที่ทำการแข่งขันกันจริงในบางวัตถุประสงค์ (อย่างเช่นในส่วนของวิจัยและพัฒนา) ในระหว่างที่มีความร่วมมือกันอยู่ ดังนั้นสิ่งสำคัญก็คือกฎหมายต้องรักษา "ความเป็นไปได้ของการแข่งขันในอนาคตระหว่างผู้ประกอบการที่ร่วมมือกัน" ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยการตรวจสอบจากกฎหมายต่อต้านการผูกขาดในลักษณะที่แตกต่างจากกรณีการควบรวมกิจการ<sup>17</sup>

เนื่องจากความร่วมมือระหว่างผู้ประกอบการสามารถมีได้หลากหลายรูปแบบ การพิจารณาว่าการร่วมมือกันจะเป็นผลดีต่อการแข่งขันตามคำแนะนำฉบับนี้มีหลักอยู่ 3 ประการ คือ

- ประสิทธิภาพที่จะได้รับจากการร่วมมือต้องสามารถพิสูจน์ได้และเป็นผลดีต่อการแข่งขัน
- การร่วมมือกันนั้นต้องมีความจำเป็นที่สมเหตุสมผล (reasonably necessary)\* เพื่อบรรลุประสิทธิภาพนั้น และเป็นทางเลือกสำหรับบรรลุประสิทธิภาพที่มีการจำกัดการแข่งขันน้อยที่สุด
- ประโยชน์ที่ได้จากประสิทธิภาพต้องมีน้ำหนักมากกว่าผลเสียต่อการแข่งขัน

<sup>17</sup> U.S. Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors 2000, หน้า 5.

\* แต่ความจำเป็นที่สมเหตุสมผลนั้น ไม่ต้องถึงเป็นความจำเป็นที่ขาดเสียมิได้ (essential) ไปเลยทีเดียว



ทั้งนี้คำแนะนำในปี ค.ศ.1995 และปี ค.ศ.2000 ยังมีการกำหนดข้อยกเว้นสำหรับผู้ประกอบการรายย่อยในการอนุญาตให้ใช้สิทธิและการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการรายย่อย (Safety zones)<sup>18</sup> กล่าวคือ หากส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการที่มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหมดในข้อตกลงรวมกันมีน้อยกว่าร้อยละ 20 ในแต่ละตลาดที่เกี่ยวข้อง (ตลาดที่จะได้รับผลกระทบจากการทำข้อตกลง) จะได้รับยกเว้นการดำเนินการจากหน่วยงานต่อต้านการผูกขาด ทำให้ผู้ประกอบการซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดไม่มากนักสามารถแลกเปลี่ยน ร่วมมือพัฒนาและใช้เทคโนโลยีร่วมกันได้ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยไม่ต้องกังวลต่อการถูกดำเนินคดีต่อต้านการผูกขาด

ภายใต้คำแนะนำทั้งสองฉบับ หน่วยงานต่อต้านการผูกขาดจะใช้หลักการพิจารณาแบบเหตุและผล (rule of reason) มาใช้ในกรณีทั่วไป และจะใช้หลักความผิดในตนเอง (per se rule) มาปรับใช้กับพฤติกรรมบางอย่างที่ก่อให้เกิดผลต่อต้านการแข่งขันอย่างชัดเจน อย่างเช่น การกำหนดราคาขายให้เท่ากัน (price fixing) การจำกัดปริมาณการผลิต (output restraint) การแบ่งปันตลาดระหว่างกัน (market division among horizontal competitors) การร่วมกันปฏิเสธทำธุรกิจด้วย (group boycott) และการกำหนดราคาขายต่อ (resale price maintenance) เป็นต้น

#### 3.1.2.4.1 การร่วมกันกำหนดมาตรฐานดีวีดีของผู้ประกอบการ

ดูเหมือนว่าสิ่งที่ทั้ง FTC และ กระทรวงยุติธรรมของสหรัฐฯ ได้แสดงออกว่าตระหนักถึงความจำเป็นของการร่วมมือกันพัฒนาเทคโนโลยีระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันและได้ผ่อนปรนต่อการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการตั้งแต่ก่อนหน้าการออกคำแนะนำในปี ค.ศ.2000 จะเป็นความจริง เพราะก่อนหน้านี้ DOJ และ FTC จะร่วมกันออกคำแนะนำในปี ค.ศ.2000 ดังกล่าว หน่วยงานต่อต้านการผูกขาดทั้งสองนี้ก็ได้ปฏิเสธการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันเสียทีเดียว ดังจะเห็นได้จากกระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ ได้ให้การรับรอง\* การจัดทำ patent pool ไปแล้วอย่างน้อย 3 ข้อตกลง ข้อตกลงจัดทำ patent pool แห่งแรกที่ได้รับการรับรองจาก

<sup>18</sup> U.S. Antitrust guideline for the licensing of intellectual property 1995 ข้อ 4.3 และ U.S. Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors 2000 ข้อ 4.2

\* ตั้งแต่ปี ค.ศ.1977 เป็นต้นมา กรมต่อต้านการผูกขาดในกระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ เป็นหน่วยงานทำหน้าที่ให้ความเห็นต่อการปฏิบัติทางธุรกิจที่ผู้ประกอบการเอกชนได้เสนอมา (28 C.F.R. § 50.6 “Antitrust Division Business Review Procedure”) และต่อมาในปี ค.ศ.1979 FTC ก็ปฏิบัติในแนวทางเดียวกัน โดยเปิดให้ผู้ประกอบการอาจขอความเห็นเกี่ยวกับการปฏิบัติทางธุรกิจจาก FTC ได้ (16 C.F.R. § 1.1-1.4 “Advisory Opinions”)

กระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ คือ การทำ patent pool สำหรับมาตรฐาน MPEG-2\* ในปี ค.ศ.1997 หลังจากนั้นกระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ ก็ได้ให้การรับรองข้อตกลงจัดตั้ง patent pool อีกสองแห่งซึ่งทั้งสองต่างก็เกี่ยวข้องกับมาตรฐาน DVD คือ ในปี ค.ศ.1998 กระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ ให้การรับรอง patent pool ที่จัดตั้งโดยบริษัท Sony, Philips, และ Pioneer เพื่อรวบรวมสิทธิบัตรที่มีความจำเป็น (essential) สำหรับการปฏิบัติตามข้อกำหนดของมาตรฐาน DVD-Video และ DVD-ROM และต่อมาในปี ค.ศ.1999 กระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ ก็ให้การรับรอง patent pool ที่จัดตั้งโดยบริษัท Hitachi, Matsushita, Mitsubishi, Time Warner, Toshiba, และ JVC เพื่อทำหน้าที่ให้อนุญาตใช้สิทธิบัตรที่จำเป็นสำหรับการผลิต DVDs, เครื่องเล่น DVD, และเครื่องถอดรหัส DVD ซึ่งเป็นตัวอย่างที่พิสูจน์ถึงนโยบายการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดที่ยอมรับการประกอบธุรกิจที่จะเป็นผลดีต่อการแข่งขัน แม้ว่าจะเป็นการร่วมมือกันของกลุ่มแข่งขันก็ตาม

ในเอกสารที่ฝ่ายของ Philips Sony และ Pioneer ส่งให้แก่กระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ เพื่อขอให้พิจารณาการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันสำหรับมาตรฐาน DVD นั้น Philips Sony และ Pioneer ได้แจ้งถึงการร่วมกันกำหนดมาตรฐานของตนด้วยการเริ่มต้นแนะนำมาตรฐาน DVD โดยเปรียบเทียบกับมาตรฐาน CD ว่าเทคโนโลยีใหม่นี้มีประสิทธิภาพที่สูงขึ้นและมีคุณสมบัติประโยชน์อย่างไร มาตรฐาน DVD ที่เป็นหนึ่งเดียวนั้นถูกกำหนดขึ้นโดยกระบวนการที่เปิดโอกาสให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจเข้ามีส่วนร่วม และที่สำคัญคือได้อ้างอิงเหตุผลของการร่วมกันกำหนดมาตรฐาน DVD ว่ามิได้เป็นความต้องการของพวกเขาโดยตรง แต่เป็นเพราะมีความต้องการจากหลากหลายอุตสาหกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากอุตสาหกรรมคอมพิวเตอร์ ที่ต้องการให้มีการใช้มาตรฐานเดียวกัน เสียงเรียกร้องจากอุตสาหกรรมเหล่านี้อ้างเหตุผลว่า การมีข้อกำหนด DVD ที่ไม่เป็นหนึ่งเดียวจะหน่วงเหนี่ยวการแนะนำสินค้าใหม่ที่มีประโยชน์นี้ให้ช้าออกไป ต้นทุนการผลิตจะสูงขึ้น และเข้าสู่สถานการณ์เหมือนเช่นที่เกิดกับมาตรฐาน BetaMax และ VHS อันจะส่งผลให้เกิดผลเสียหายต่อผู้บริโภคซึ่งได้ซื้อสินค้าในมาตรฐานที่ต้องออกจากตลาดไปอย่างรวดเร็ว ดังนั้นการร่วมกันกำหนดมาตรฐาน DVD นี้จึงเกิดจากเสียงเรียกร้องที่มาจากอุตสาหกรรมต่างๆ ตลอดจนผู้ประกอบการต่างๆ ทั่วโลก เพื่อเป็นการอ้างอิงถึงความจำเป็นและประโยชน์ของการร่วมกันกำหนดมาตรฐาน DVD ให้เป็นอย่างเดียวกันนั่นเอง นอกจากนี้ในเอกสารดังกล่าวยังได้อ้างถึงตลาด

---

\* MPEG-2 คือมาตรฐานที่ได้รับการจัดตั้งจากองค์การ ISO (ISO/IEC IS 13818-1, ISO/IEC IS 13818-2, และ ISO/IEC IS 13818-4) เพื่อให้เป็นรูปแบบการบีบอัดแบบดิจิทัลสำหรับภาพเคลื่อนไหวและเสียงสำหรับใช้เพื่อความบันเทิงทางโทรทัศน์ MPEG-2 ยังเป็นเทคโนโลยีพื้นฐานสำหรับโทรทัศน์ความละเอียดสูง (high definition television: HDTV) ระบบเคเบิลโทรทัศน์ดิจิทัล (digital cable television systems) รวมไปถึง digital versatile disc หรือ DVD ด้วย

เทคโนโลยีในขณะนั้นที่มีการแข่งขันสูงและมีคู่แข่งจำนวนมาก ซึ่งแตกต่างจากสถานการณ์เมื่อ 15 ปีที่แล้วที่ได้ร่วมกันกำหนดมาตรฐาน CD ขึ้น โดยยกตัวอย่างมาตรฐานที่เป็นคู่แข่งในตลาดเทคโนโลยีเช่น Digital Video Express (DivX) ของ Circuit City และพวก, Multimedia Video File (MMDF) ของ NEC, Near Field Recording (NFR) ของ TeraStor และ Advanced Storage Magneto-Optical (ASMO) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ในเอกสารที่กระทรวงยุติธรรมสหรัฐตอบกลับไปนั้น กระทรวงยุติธรรมสหรัฐมิได้ให้ความเห็นต่อกระบวนการกำหนดมาตรฐาน DVD ตามที่ผู้ประกอบการได้อ้างถึงในด้านผลที่จะมีต่อการแข่งขันแต่อย่างใด ด้วยเหตุผลว่าเอกสารที่ส่งไปมิได้ร้องขอให้กระทรวงยุติธรรมสหรัฐให้ความเห็นในเรื่องดังกล่าว DOJ จึงไม่ขอให้ความเห็นในขั้นตอนของการกำหนดมาตรฐานนี้

- เสียงเรียกร้องจากอุตสาหกรรมต่อการร่วมกันกำหนดมาตรฐาน DVD ให้เป็นหนึ่งเดียว เหตุผลในเอกสารที่ส่งให้กระทรวงยุติธรรมสหรัฐที่อ้างว่ามีความจำเป็นต้องร่วมกันกำหนดมาตรฐาน DVD ขึ้นมานั้นน่าจะเป็นความจริง อย่างน้อยที่สุดก็มิเสียงเรียกร้องจากอุตสาหกรรมต่างๆ ให้ออกมาตรฐานที่เป็นหนึ่งเดียวกันจริง ดังเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น คือ

หลังจากมาตรฐาน CD ได้รับความนิยอย่างสูงในตลาด ในปี ค.ศ.1993 บริษัท Nimbus Records ซึ่งเป็นผู้ผลิตแผ่นซีดีที่มีชื่อเสียงอันดับต้นๆของโลก ได้เสนอผลงานวิจัยแผ่นซีดีที่บรรจุข้อมูลได้สองชั้น เป็นผลให้บริษัทอื่นๆ (ซึ่งรวมถึง ฟิลิปส์ โซนี่ และ โตชิบา) ต่างได้ตอบด้วยการประกาศว่าต่างก็กำลังพัฒนาวิจัยแผ่นซีดีสองชั้นด้วยเช่นกัน เมื่อเห็นแนวโน้มของความยุ่งยากในการพัฒนาซีดีสองชั้นดังกล่าว ฟิลิปส์ในฐานะผู้ทรงสิทธิบัตรที่ใช้ในระบบซีดีจึงออกมาประกาศห้ามผู้อื่นทำการดัดแปลง ปรับปรุงรูปแบบซีดีอย่างเด็ดขาด ข้อห้ามของฟิลิปส์ดังกล่าวทำให้บริษัทต่างๆต้องหันไปค้นคว้าวิจัยสิ่งใหม่ขึ้นมาแทนที่แผ่นซีดี

การที่บริษัทต่างๆก็หันไปพัฒนาสิ่งใหม่ของตนเอง ทำให้ยิ่งเกิดปัญหายุ่งยากตามมาหลายประการ ตั้งแต่การประกาศระบบฟอร์แมตแข่งขันกันสองระบบ ระหว่างฝ่ายโตชิบาที่ร่วมมือกับ ไทมว์อร์เนอร์ร่วมกันพัฒนาระบบ SD (Super density disc) และฝ่ายฟิลิปส์ที่ร่วมมือกับ โซนี่ร่วมกันพัฒนาระบบ MMCD (Multi Media Compact Disc) ภายใต้การกดดันของบรรดาบริษัทผู้สร้างภาพยนตร์ของฮอลลีวู้ด\* ที่ประกาศอย่างชัดเจนให้มีเพียงมาตรฐานเดียวเท่านั้น (ในยุคที่มีการแข่งขันกันระหว่างระบบ Betamax และ VHS นั้น ผู้ให้บริการม้วนเทปภาพยนตร์จะต้องเตรียมม้วนเทปภาพยนตร์ไว้สำหรับลูกค้าของทั้งสองระบบ ซึ่งหมายความว่า จะต้องเตรียมภาพยนตร์เรื่อง

---

\* บริษัทเหล่านี้ประกอบไปด้วย โคลัมเบีย ดิสนีย์ วอร์เนอร์บราเธอร์ ยูนิเวอร์แซล พาราเมาท์ เวียคอม และเอ็มจีเอ็ม

เดียวกันเป็นสองเท่าจากปกติทำให้มีต้นทุนการประกอบธุรกิจสูงขึ้น) แต่ในช่วงเดือนกันยายน- ธันวาคม ปี ค.ศ.1994 ก็ยังไม่มีฝ่ายใดยินยอมให้แก่กัน โดยเบื้องหลังของการนำเสนอเทคโนโลยี กลับมีการวิ่งเต้นกันอย่างเต็มที่เพื่อหาพันธมิตรสนับสนุนฝ่ายตนให้มากที่สุด ต่อมาฝ่ายโตชิบาได้ บริษัทมัตสึชิตะมาเข้าร่วมด้วย ซึ่งรวมแล้วฝ่ายโตชิบามีถึง 10 บริษัทักษ์ใหญ่ แต่ฝ่ายโซนี่ก็ยังยืนกรานไม่ยอมรับร่วมผลิตระบบ SD ของโตชิบาอย่างแน่นอน และพยายามผลักดันระบบ MMCD ของตนเองให้แพร่หลายยิ่งขึ้น ทั้งสองฝ่ายต่างแข่งขันกันพัฒนาเทคโนโลยีของตนให้เหนือกว่าอีกฝ่าย แต่นั่นก็ทำให้บรรดาบริษัทผลิตภาพยนตร์และบริษัทคอมพิวเตอร์ต่างๆต้องชะลอท่าทีรอดูสถานการณ์อยู่ต่อไปก่อน

เมื่อสถานการณ์มีท่าทีว่าจะกลับมามีปัญหาสงครามฟอร์แมทระหว่างสองระบบเหมือนอย่างที่เกิดกับระบบเทปวิดีโอ Betamax และ VHS หลายฝ่ายจึงพยายามชักจูงให้มีการรวมระบบเข้าด้วยกัน มิฉะนั้นอาจจะทำให้ต้องล้มเลิกไปด้วยกันทั้งคู่ จนในที่สุดจึงมีการเจรจาถึงความเป็นไปได้ที่จะรวมเป็นระบบเดียวกันในวันที่ 25 กันยายน ปี ค.ศ.1995 โดยตกลงกันได้ในเรื่องต้นที่จะให้สื่อชนิดใหม่มีความกว้างไกลมากขึ้นในทุกตลาด ทั้งโฮมเธียเตอร์ คอมพิวเตอร์ และมัลติมีเดีย เดิมใช้ชื่อว่า DVD ซึ่งย่อมาจากคำว่า Digital Video Disc แต่ภายหลังได้เปลี่ยนเป็น Digital Versatile Disc เพื่อให้สื่อถึงความ เป็นสื่อหลายทางที่หลากหลาย ที่สำคัญได้จัดตั้งสมาคมดีวีดีขึ้น (DVD Consortium) เพื่อให้มาตรฐานใหม่มีดำเนินไปอย่างมีหลักการที่รับกันได้ทุกฝ่ายและร่วมมือกัน แลกเปลี่ยนและพัฒนาเทคโนโลยีสื่อบันทึกข้อมูลดิจิทัลชนิดใหม่ มีสมาชิกแรกเริ่ม 10 บริษัท ประกอบไปด้วย Hitachi, Matsushita Electric Industrial, Mitsubishi Electric, Pioneer Electronic, Royal Philips Electronic, Sony, Thomson, Time Warner, Toshiba, และ Victor Company of Japan (JVC ส่วนใหญ่ล้วนเป็นผู้ผลิตฮาร์ดแวร์เทปทั้งสิ้น ต่อมาได้เปลี่ยนชื่อเป็น “DVD Forum” เมื่อปี ค.ศ. 1997 โดยมีวัตถุประสงค์หลัก 2 ประการคือ<sup>20</sup>

1. เพื่อดำเนินการจัดตั้งมาตรฐานดีวีดีให้เป็นอย่างเดียวกันในแต่ละประเภทของสินค้า รวมถึงการแก้ไขปรับปรุง เพิ่มเติมและพัฒนาประสิทธิภาพ เพื่อผลประโยชน์ของผู้บริโภคและผู้ใช้
2. เพื่อส่งเสริมให้ผลิตภัณฑ์ดีวีดีได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง รวมถึงจากอุตสาหกรรมบันเทิง เครื่องใช้ไฟฟ้าสำหรับผู้บริโภคและอุตสาหกรรมไอที ตลอดจนสาธารณชนทั่วไป

ในปีค.ศ. 2003 สมาชิกของกลุ่มนี้ได้ขยายเพิ่มขึ้นเป็น 220 บริษัทจากทั่วโลก แบ่งเป็น บริษัทจากประเทศญี่ปุ่นคิดเป็นร้อยละ 38, จากประเทศในภูมิภาคเอเชียร้อยละ 29, จากประเทศสหรัฐอเมริการ้อยละ 20 และจากประเทศในแถบยุโรปร้อยละ 13 โดยสมาคมเปิดกว้างให้บริษัท

<sup>20</sup> <http://www.dvdforum.org>



หรือองค์กรใดๆที่เกี่ยวข้องหรือต้องการในการวิจัยและพัฒนา และหรือเพื่อผลิตสินค้าตามมาตรฐานดีวิถี รวมถึงบริษัทหรือองค์กรที่เป็นผู้ใช้และมีความสนใจการพัฒนาประสิทธิภาพของมาตรฐานดีวิถีเข้าร่วมกันคว่ำพัฒนาหรือนำไปผลิตได้

### 3.1.2.5 การควบคุมพฤติกรรมในขั้นตอนการร่วมกันกำหนดมาตรฐาน (Standard-setting process)

ถึงแม้หน่วยงานต่อต้านการผูกขาดจะยอมรับถึงประโยชน์ของการร่วมกันกำหนดมาตรฐานที่มีต่อการพัฒนาเทคโนโลยีและช่วยส่งเสริมการแข่งขันก็ตาม การสอดส่องดูแลเพื่อไม่ให้ผู้ประกอบการฉวยโอกาสใช้กระบวนการกำหนดมาตรฐานแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบก็ยังคงเป็นสิ่งสำคัญเพื่อให้แน่ใจได้ว่ามาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้นนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการแข่งขันและผู้บริโภคอย่างแท้จริง นอกจากนี้แนวทางการดูแลพฤติกรรมการกีดกันคู่แข่งโดยอาศัยมาตรฐานที่ได้กล่าวถึงมาแล้วในคดีที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานความปลอดภัยในอดีตนั้น การสอดส่องดูแลมาตรฐานการเชื่อมต่อซึ่งเกี่ยวข้องกับสิทธิบัตรและผลกระทบจากเครือข่ายจึงเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้การใช้มาตรฐานการเชื่อมต่อเป็นเครื่องมือจำกัดการแข่งขันและกีดกันคู่แข่งได้มากยิ่งขึ้น

#### 3.1.2.5.1 ปัญหาสิทธิบัตรที่ถูกปกปิดไว้ (Hidden patents)\*

ตามหลักของกฎหมายสิทธิบัตร สิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายสิทธิบัตรมีลักษณะเป็นสิทธิผูกขาดโดยสมบูรณ์ (absolute rights) ที่จะปกป้องผู้ทรงสิทธิจากการละเมิดของบุคคลอื่น โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้กระทำละเมิดมีเจตนาที่จะกระทำละเมิดสิทธิบัตรหรือไม่ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ผู้ที่คิดค้นการประดิษฐ์ประเภทเดียวกันได้ภายหลังจากผู้ทรงสิทธิได้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรแล้ว จะไม่สามารถใช้ประโยชน์ในการประดิษฐ์ของตนได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมของผู้ทรงสิทธิ แม้ว่าผู้ที่คิดค้นการประดิษฐ์ได้ในภายหลังจะมีได้รู้เห็น หรือมิได้ทราบถึงความมีอยู่ของการประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรนั้นเลยก็ตาม<sup>21</sup> ด้วยเหตุนี้ เทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายสิทธิบัตร หากถูกคัดเลือกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐานโดยไม่ทราบถึงความมีอยู่ของสิทธิบัตรนั้น ย่อมจะส่งผลกระทบเกิดเป็นข้อขัดขวางต่อการใช้มาตรฐานต่อไป เนื่องจากผู้ทรงสิทธิบัตรมีอำนาจหวงกั้นเทคโนโลยีที่ได้รับสิทธิบัตรจากบุคคลอื่น หรือมีสิทธิเรียกเก็บค่าตอบแทน (ซึ่งอาจเป็นอัตราที่สูง) เพื่อการใช้

\* ปัญหาลักษณะนี้ถูกเรียกชื่อต่างกันไป เช่น Magdalena Brenning เรียกว่า "Patent ambushes", Robert C. Lind เรียกว่า "Submarine patents" เป็นต้น

<sup>21</sup> Aldous et al 1992: paras. 6.03; 6.82 (อ้างถึงใน จักรกฤษณ์ ควรพจน์, "สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์", สำนักพิมพ์นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2544 หน้า 11)

สิทธิบัตรได้แต่ผู้เดียว ผลจึงเท่ากับว่าผู้ทรงสิทธิมีอำนาจควบคุมเหนือมาตรฐานที่ตั้งขึ้นมาซึ่งอาจทำให้มาตรฐานถูกจำกัดการนำไปใช้เพียงเท่าที่ผู้ทรงสิทธิบัตรจะเห็นสมควร

### 3.1.2.5.1.1 แนวทางการแก้ไขปัญหาโดยใช้หลัก common law

ในประเทศสหรัฐอเมริกาศาลได้นำวิธีแก้ไขปัญหที่เกิดจากการปกปิดสิทธิบัตรโดยอาศัยหลัก common law กล่าวคือผู้ทรงสิทธิที่เข้าร่วมในการกำหนดมาตรฐานมีหน้าที่ต้องเปิดเผย (duty to disclose) สิทธิบัตรของตนให้ทราบในกระบวนการกำหนดมาตรฐาน หากผู้ทรงสิทธิละเลยหน้าที่ดังกล่าว ศาลก็จะไม่รับบังคับสิทธิในสิทธิบัตรให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตรโดยถือว่าเป็นการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบ (patent misuse) และหลักกฎหมายปิดปาก (equitable estoppel) หลักนี้มีที่มาจากคดีต่อไปนี้

- คดี *Stambler v. Diebold, Inc.*, 1988 WL 95479, 11 U.S.P.Q.2d 1709 (E.D.N.Y. 1988), *aff d.*, 878 F.2d 1445 (Fed. Cir. 1989)

วิศวกรชื่อ Leon Stambler เป็นผู้ทรงสิทธิบัตรในระบบการตรวจสอบความถูกต้องของบัตรถอนเงินสดที่ใช้กับเครื่องถอนเงินอัตโนมัติ (ATM) Stambler เข้าไปมีส่วนร่วมในการกำหนดมาตรฐานของ ANSI ในกระบวนการกำหนดมาตรฐานของเครื่อง ATM โดยทราบอยู่ก่อนว่าเทคโนโลยีการตรวจสอบความถูกต้องของบัตรถอนเงินสดที่ ANSI กำลังพิจารณาอยู่นั้นเป็นการละเมิดสิทธิบัตรของตนเอง แต่ Stambler กลับมิได้แจ้งให้ ANSI ทราบและกลับนิ่งเฉยไม่คัดค้านข้อกำหนดนั้นจนกระทั่ง ANSI ประกาศใช้มาตรฐานจนเสร็จสิ้น

ศาลในคดีนี้กล่าวว่า Stambler มีหน้าที่แจ้ง (duty to speak out) แก่ ANSI ให้ทราบถึงการครอบครองสิทธิบัตรของตนในเทคโนโลยีดังกล่าว ศาลยังกล่าวอีกว่า ผู้ทรงสิทธิบัตรไม่ควรนิ่งเฉยในขณะที่ผู้ผลิตในอุตสาหกรรมต่างสนับสนุนมาตรฐานซึ่งเชื่อว่ามาตรฐานเปิดกว้างให้นำไปใช้ได้ กล่าวคือผู้ทรงสิทธิ “มีเจตนาทำให้เข้าใจผิดด้วยการนิ่งเฉย” การนิ่งเฉยของ Stambler ทำให้ผู้ผลิตต่างๆ เข้าใจผิดได้ว่า Stambler ไม่ใส่ใจจะเรียกร้องสิทธิในการใช้สิทธิบัตรนั้นกับมาตรฐานนั้นแล้ว

นอกจากโจทก์มีเจตนาทำให้จำเลย (ซึ่งเป็นผู้ผลิตรายหนึ่ง) เข้าใจผิดว่าโจทก์จะไม่บังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตรกับจำเลย โจทก์ยังรอเวลาไม่ฟ้องร้องคดีอยู่เป็นเวลานานถึง 11 ปีนับจากวันที่ทราบถึงการละเมิดสิทธิบัตรของจำเลย โดยที่ไม่มีเหตุอันสมควร คดีนี้ศาลจึงตัดสินว่าผู้ทรงสิทธิบัตรไม่สามารถบังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตรได้ตามหลักกฎหมายปิดปาก (doctrines of laches and estoppel) เนื่องจากคดีนี้ศาลพิจารณาการกระทำของโจทก์จากพฤติกรรมปิดบังและการรอถึง 11 ปี จนกระทั่งเครื่องถอนเงินอัตโนมัติตามมาตรฐาน ATM เป็นที่แพร่หลายแล้วจึงได้นำคดีขึ้นสู่ศาล (laches) ศาลจึงไม่รับบังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตรให้แก่โจทก์ตามหลักกฎหมายปิดปาก (estoppel)

ซึ่งก็เป็นการตัดสินโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปโดยไม่ยกประเด็นของการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบ (patent misuse)\* หรือความผิดในการพยายามผูกขาดตลาดขึ้นมาใช้บังคับ

อีกคดีหนึ่งซึ่งศาลได้ตัดสินผลทำนองเดียวกัน คือ *Wang Laboratories, Inc. v. Mitsubishi Electronics America, Inc.*, 103 F.3d 1571, 1580-1582 (Fed. Cir 1997) ศาลตัดสินว่าผู้ทรงสิทธิบัตรไม่สามารถบังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตรได้เพราะการไม่แจ้งให้องค์กรกำหนดมาตรฐานทราบถึงความมีอยู่ของสิทธิบัตรที่ตนมีอยู่ ถือได้ว่าเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยปริยายแล้ว (implied license) ศาลเพียงแต่ปฏิเสธการบังคับสิทธิในสิทธิบัตรโดยที่ไม่กล่าวถึงประเด็นของการต่อต้านการแข่งขันแต่อย่างใด

### 3.1.2.5.1.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาโดยใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาด

ส่วนคดีที่มีประเด็นการต่อต้านการผูกขาดในการพิจารณาพฤติกรรมการปกปิดสิทธิบัตรว่าอาจเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาด อย่างเช่น การพยายามผูกขาด (attempted monopolization) หรือการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (unfair competition) เช่น การดำเนินการของ FTC ในกรณีของ Dell เป็นต้น

-คดี *Dell Computer and VESA VL-bus standard 121FTC 616 (1996)*

The Video Electronics Standards Association (VESA) เป็นองค์กรกำหนดมาตรฐานด้านคอมพิวเตอร์แห่งหนึ่ง ในปี ค.ศ.1992 VESA ได้ประกาศมาตรฐานการส่งข้อมูลคำสั่งระหว่างอุปกรณ์ในคอมพิวเตอร์ที่เรียกว่า VL-bus บริษัท Dell Computer ในฐานะที่เป็นหนึ่งในสมาชิกของกลุ่ม ได้ให้คำรับรองว่าข้อกำหนดมาตรฐานดังกล่าวมิได้ละเมิดต่อเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์หรือสิทธิบัตรใดๆที่ Dell ครอบครองอยู่ แต่หลังจากที่มาตรฐาน VL-bus ถูกประกาศอย่างเป็นทางการได้ 8 เดือน Dell ได้อ้างสิทธิในสิทธิบัตรว่า การผลิตอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ตามมาตรฐาน VL-bus นั้นเป็นการละเมิดต่อสิทธิบัตรของตน (ซึ่งในความเป็นจริง Dell ได้รับสิทธิบัตรดังกล่าวตั้งแต่ก่อนเข้าร่วมใน VESA แล้ว) FTC ของสหรัฐฯ ได้วินิจฉัยว่า Dell สนับสนุนสมาคม VESA ให้ใช้มาตรฐาน VL-bus โดยอยู่ในฐานะที่สามารถทราบได้ว่าตนครอบครองสิทธิบัตรที่จะขัดขวางต่อการใช้มาตรฐานดังกล่าว พฤติกรรมการปิดบังสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตนในระหว่างการจัดตั้งมาตรฐานดังกล่าวนี้เป็นการกระทำที่เป็น “วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมที่ส่งผลกระทบต่อการค้า” (Unfair methods of competition in or affecting commerce” ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 5 ของ The Federal Trade Commission Act

อย่างไรก็ดี คำวินิจฉัยของ FTC มีข้อสังเกตสองประการ คือ

---

\* อย่างไรก็ตาม การปฏิเสธบังคับสิทธิตามสิทธิบัตรก็ให้ผลในทำนองเดียวกับการนำหลักการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบแล้ว

(1) FTC วินิจฉัยโดยไม่ได้กล่าวอ้างว่า Dell เป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาด และในความเป็นจริงมาตรฐาน VL-bus ที่ Dell ถือสิทธิบัตรอยู่ที่ไม่ได้ประสบความสำเร็จในตลาด และ

(2) FTC ไม่ได้กล่าวอ้างว่า Dell กระทำไปโดยมีเจตนาชักจูงให้ VESA หลงคัดเลือกเทคโนโลยีที่ฝ่าฝืนสิทธิบัตรของตนแต่อย่างใด ทั้งนี้ในการจัดตั้งมาตรฐานโดยองค์กรขนาดใหญ่ที่มีสิทธิบัตรจำนวนมากเข้ามาเกี่ยวข้องนั้น และบริษัทขนาดใหญ่เองก็มักจะมีส่วนงานด้านการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีที่มีขนาดใหญ่และถือครองทรัพย์สินทางปัญญาไว้เป็นจำนวนมาก จึงย่อมเป็นเหตุให้เกิดความลำบากต่อทั้งผู้ประกอบการในองค์กรจะทราบถึงสิทธิบัตรทั้งหมดที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกำหนดมาตรฐาน และเป็นการยากที่ผู้ประกอบการจะทราบถึงว่ามาตรฐานนั้นจะไปต่อละเมิดสิทธิบัตรฉบับใด ดังนั้นในคดีนี้ FTC จึงมิได้กล่าวอ้างว่า Dell กระทำไปโดยเจตนาและรู้ก่อนถึงการที่มาตรฐานจะละเมิดสิทธิบัตรนั้น

ปัญหานี้ยุติลงโดยที่ Dell ยินดีปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของ FTC ที่มีคำสั่งห้ามมิให้ Dell ดำเนินการใดๆที่เป็นการบังคับใช้สิทธิบัตรที่เป็นปัญหาต่อผู้ผลิตต่างๆที่ได้นำมาตรฐาน VL-Bus ไปใช้แล้ว รวมถึงการผลิต ใช้และจำหน่ายผลิตภัณฑ์ตามมาตรฐาน VL-Bus ในอนาคต\*

ซึ่งคดีนี้ทำให้เกิดผลสองประการ คือ

1. FTC ได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) มาใช้กับการที่ผู้ประกอบการเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งได้เข้าร่วมในกระบวนการกำหนดมาตรฐาน ให้ต้องรับผิดแม้จะมีได้มีเจตนาปกปิดความมีอยู่ของสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาของตนด้วยเหตุผลว่า “ความประมาทเลินเล่อที่ทำให้บกพร่องต่อการรับรู้ถึงความมีอยู่ของสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาของตนที่มีอยู่ ยังไม่อาจจะเทียบได้กับความประมาทเลินเล่อต่อการรับรู้ถึงสิ่งที่ปรากฏให้เห็นอยู่ในข้อกำหนดมาตรฐาน”

คำตัดสินโดยอาศัย section 5 ของ the Federal Trade Commission Act ซึ่งใช้ถ้อยคำกว้างๆ ว่า "วิธีการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม" (Unfair methods of competition) นี้ ทำให้ FTC ตัดสินโดยมิได้อ้างถึงตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องหรือการมีอยู่ของอำนาจเหนือตลาดใดๆของ Dell และที่จริงแล้วการกระทำอันเป็นวิธีการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมตาม section 5 นี้ควรจะหมายถึงการกระทำที่มีเจตนาบิดเบือนจึงจะถือเป็นพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน แต่คำฟังความประมาทบกพร่องต่อการเปิดเผยสิทธิบัตรซึ่งอาจส่งผลต่อต้านการแข่งขัน ความผิดพลาดเช่นนี้แท้จริงแล้วไม่ใช่พฤติกรรมที่ควรถูกลงโทษตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาด<sup>22</sup> การกำหนดความรับผิดให้แก่สมาชิกขององค์กรกำหนดมาตรฐานซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยไม่ต้องพิสูจน์ถึงเจตนาและความสามารถในการ

\* ซึ่งให้ผลเท่ากับการถูกปฏิเสธการบังคับใช้สิทธิบัตรอีกเช่นกัน

<sup>22</sup> Mark A. Lemley, "Intellectual property rights and standard setting organizations", 2002.



การกระทำการผูกขาดตลาดนี้<sup>1</sup>ได้สร้างความกังวลใจถึงความเหมาะสมของคำตัดสินพฤติกรรมดังกล่าวตาม section 5 ของ the Federal Trade Commission Act โดยใช้หลักเกณฑ์ซึ่งแตกต่างกับการดำเนินคดีตาม section 2 ของ the Sherman Act อาจสร้างความเหลื่อมล้ำในผลการดำเนินคดีกับพฤติกรรมดังกล่าวต่อไป\*

หลักความรับผิดชอบเช่นนี้เป็นผลดีต่อองค์กรกำหนดมาตรฐานในการคัดเลือกเทคโนโลยีเข้าสู่มาตรฐาน เพราะเทคโนโลยีที่ได้รับความนิยมสูงมีอยู่จำนวนมาก หากหน้าที่ตรวจสอบถึงความมีอยู่ของสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาคเป็นภาระของกลุ่มจัดตั้งมาตรฐานย่อมทำให้กระบวนการคัดสรรล่าช้าออกไป ในขณะที่บริษัทซึ่งเป็นเจ้าของเทคโนโลยีย่อมอยู่ในฐานะที่รู้ดีกว่าว่าเทคโนโลยีที่ลูกเสนอนั้นเข้าข่ายหรือล่วงละเมิดสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาของตนหรือไม่ การให้ภาระตรวจสอบความมีอยู่ในสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาคเป็นของผู้ประกอบการเจ้าของสิทธิต้องทำหน้าที่ตรวจสอบจึงเป็นประโยชน์ต่อกระบวนการจัดตั้งมาตรฐาน แต่กลับสร้างภาระให้แก่สมาชิกในองค์กร

2. ผลจากข้อเท็จจริงคดีนี้ ทำให้องค์กรจัดตั้งมาตรฐานต่างๆต้องหันมาปรับปรุงเงื่อนไขเรื่องการเปิดเผยทรัพย์สินทางปัญญาให้รัดกุมยิ่งขึ้น และในความเห็นส่วนตัวของ Robert Pitofsky (2001)\*\* ก็เห็นว่า การที่ FTC ดำเนินคดีกับ Dell ก็เพื่อเป็นการส่งสัญญาณเพื่อปราบพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่จะกระทบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้อื่น เพราะการออกมาอ้างสิทธิในเทคโนโลยีตามมาตรฐานและเรียกร้องขอค่าตอบแทนการใช้สิทธิบัตร ย่อมส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพการใช้มาตรฐาน เพราะต้นทุนโดยรวมของการนำมาตรฐานไปผลิตสินค้าต้องสูงขึ้นกว่าที่คาดการณ์ไว้ในเดิม ซึ่งไม่ใช่สิ่งที่องค์กรจัดตั้งมาตรฐานหรือแม้แต่ผู้มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดต้องการให้เกิด ดังนั้น องค์กรผู้ทำหน้าที่กำหนดมาตรฐานควรมีข้อกำหนดให้สมาชิกต้องเปิดเผยถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ก่อนที่มาตรฐานนั้นจะถูกประกาศใช้

\* ตามปกติ พฤติกรรมการปกปิดทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อฉวยโอกาสเข้ามีอำนาจควบคุมมาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้นนั้น อาจถูกกล่าวหาว่าเป็นความพยายามผูกขาดตลาดตาม section 2 ของ the Sherman Act ซึ่งต้องมี 3 องค์ประกอบคือ

- (1) เจตนาโดยเฉพาะเจาะจงในการกระทำการผูกขาด
- (2) พฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันที่ส่งเสริมเจตนาดังกล่าว
- (3) ความเป็นไปได้ของการกระทำผูกขาดอันเป็นอันตราย

เจตนา พฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันและอำนาจเหนือตลาด ทั้งสามสิ่งนี้จึงต้องถูกพิสูจน์เพื่อการลงโทษในฐานะการผูกขาดหรือพยายามผูกขาดตาม section 2 ของ the Sherman Act ดังนั้นหากจะพิจารณาพฤติกรรมในคดี Dell ตาม section 2 ของ the Sherman Act แล้ว ความปรมาทไม่ทราบถึงความมีอยู่ของสิทธิบัตร (มิได้มีเจตนาปกปิดเพื่อพยายามผูกขาด) จึงไม่ถือเป็นความผิด

\*\* Chairman of Federal Trade Commission 1995-2001

เพื่อให้องค์กรได้มีโอกาสรับรู้ล่วงหน้าว่ามาตรฐานที่ต้องการจัดตั้งขึ้นใหม่นั้นขัดกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ผู้ประกอบการมีอยู่หรือไม่ และได้มีโอกาสคัดเลือกเทคโนโลยีอื่นใช้ทดแทนทันทีที่ เพราะหลังจากมาตรฐานถูกประกาศออกไปแล้ว ผู้ทรงสิทธิบัตรอาจอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบอย่างมากในการต่อรองและเรียกค่าตอบแทนการใช้สิทธิบัตรนั้นๆ เพื่อการปฏิบัติตามข้อกำหนดในมาตรฐาน\*

อย่างไรก็ตาม มีบางความเห็นไม่เห็นด้วยกับหลักการนี้<sup>23</sup> ว่าที่จริงแล้วหลักการเปิดเผยทรัพย์สินทางปัญญานี้ไม่มีความจำเป็นในทางปฏิบัติ แต่จะมีประโยชน์ก็เพื่อช่วยลดค่าใช้จ่ายและเวลาในการตรวจสอบสิทธิบัตรขององค์กรกำหนดมาตรฐานเท่านั้น ทั้งนี้เพราะสิทธิบัตรเป็นเอกสารมหาชน (public document) ที่ทุกฝ่ายไม่ว่าประชาชนทั่วไป คู่แข่งขัน หรือเจ้าหน้าที่ขององค์กรกำหนดมาตรฐานสามารถเข้าไปตรวจสอบความมีอยู่และศึกษาข้อมูลของสิทธิบัตรได้อยู่แล้วที่สำนักงานสิทธิบัตร ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อองค์กรกำหนดมาตรฐานส่วนใหญ่ในปัจจุบันมีข้อกำหนดที่เป็นไปตามหลักการกำหนดราคาที่เหมาะสมผล (reasonable) และหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discriminatory) ทำให้แม้สิทธิบัตรจะกลายเป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐาน ผู้ทรงสิทธิบัตรก็ไม่สามารถมีอำนาจควบคุมเหนือมาตรฐาน (เพราะต้องยินยอมให้สมาชิกทุกรายใช้สิทธิบัตรของตน) และไม่อาจใช้สิทธิแสวงหาผลประโยชน์ได้ตามอำเภอใจ (เพราะอัตราค่าตอบแทนการใช้สิทธิถูกจำกัดไว้เพียงเท่าที่สมเหตุสมผล) จึงสามารถลดแรงจูงใจในการปกปิดทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ประกอบการลงไปในตัวเองอยู่แล้ว อีกทั้งหลักการเปิดเผยทรัพย์สินทางปัญญานี้จะเพิ่มภาระต้นทุนให้แก่สมาชิกขององค์กรกำหนดมาตรฐาน ตลอดจนส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของการกำหนดมาตรฐานที่ลดลง เพราะต้นทุนที่เพิ่มขึ้นจากค่าใช้จ่ายการตรวจสอบสิทธิบัตร และความเสี่ยงที่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอาจถูกจำกัดการใช้ลงหากตรวจสอบผิดพลาดนี้ อาจทำให้ผู้ทรงสิทธิตัดสินใจเลือกที่จะออกจากกระบวนการกำหนดมาตรฐานไปก็เป็นได้

ผู้เขียนมีความเห็นว่า แท้ที่จริงสิ่งสำคัญในการกำหนดมาตรฐานใดๆก็ตาม การตรวจสอบทรัพย์สินทางปัญญาย่อมไม่ใช่เพียงแค่ในบรรดาสมาชิกขององค์กรเท่านั้น เพราะหากองค์กรประกาศมาตรฐานที่จะละเมิดต่อทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิที่เป็นบุคคลภายนอก ก็ย่อมเกิดปัญหาต่อการนำมาตรฐานไปใช้ที่ร้ายแรงยิ่งกว่า (เพราะไม่มีข้อกำหนดการยินยอมอนุญาตให้ใช้สิทธิตามหลัก RAND เหมือนดังที่ทำกับสมาชิก) ดังนั้น การกำหนดหน้าที่เปิดเผยทรัพย์สินทางปัญญาจึงไม่ใช่การรับประกันได้ว่ามาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้นนั้นจะปลอดภัยจากการควบคุมโดย

---

\* ตัวอย่างองค์กรด้านมาตรฐานที่มีปฏิริยาต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในคดีนี้ เช่น ANSI ที่ได้ปรับปรุงเงื่อนไขในข้อตกลงการเข้าร่วมกำหนดมาตรฐานเสียใหม่ โดยให้สมาชิกต้องรับรองและชี้แจงทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ไม่ขัดขวางต่อการใช้มาตรฐาน

<sup>23</sup> Richard T. Rapp และ Lauren J. Stiroh, "Standard setting and market power", NERA (2002).

อาศัยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เพียงแต่หน้าที่เปิดเผยทรัพย์สินทางปัญญาจะช่วยลดภาระการตรวจสอบทรัพย์สินทางปัญญาขององค์กรลงได้บางส่วน (ในส่วนที่เป็นของสมาชิกองค์กรเอง ทั้งที่ประมาณและเจตนาปกปิด) แต่องค์กรก็ยังคงจำเป็นต้องทำการตรวจสอบให้แน่ชัดก่อนจะกำหนดเป็นมาตรฐานอยู่นั่นเอง

นอกจาก VESA แล้วยังมีองค์กรกำหนดมาตรฐานอีกหลายแห่งที่กำหนดนโยบายทรัพย์สินทางปัญญาไม่รัดกุมเพียงพอ โดยเฉพาะกับเทคโนโลยีซึ่งยังไม่ได้รับสิทธิบัตรในขณะกำลังดำเนินการกำหนดมาตรฐาน ซึ่งผู้ประกอบการได้ยื่นขอรับสิทธิบัตรไว้กับสำนักงานสิทธิบัตรไว้แล้ว (pending patent) อันสามารถนำมาซึ่งปัญหา hidden patent ที่น่ากังวลยิ่งกว่าสิทธิบัตรที่ได้รับแล้ว (issued patent) เพราะเป็นกรณีที่ต้องกำหนดมาตรฐานไม่อาจตรวจสอบได้ในขณะกำหนดมาตรฐาน เว้นแต่ผู้ประกอบการรายนั้นจะแจ้งให้ทราบ การกำหนดนโยบายที่ไม่ครอบคลุมถึงหน้าที่แจ้งถึงคำขอรับสิทธิบัตรจึงไม่เป็นผลดีต่อการใช้ประโยชน์มาตรฐานตามเจตนารมณ์ขององค์กร ดังเช่นที่ปรากฏในคดี Rambus (2001) ดังต่อไปนี้

- คดี *Rambus, Inc v. Infineon Technologies AG, No. Civ. A. 3:00CV524 (2001)*

คดีนี้บริษัท Rambus ฟ้องบริษัท Infineon ว่ากระทำละเมิดสิทธิบัตรของตนในการผลิตอุปกรณ์หน่วยความจำสำหรับเครื่องคอมพิวเตอร์ (memory device) ชนิด Dynamic Random Access Memory (DRAM) จำเลยคือ บริษัท Infineon แก่ข้อกล่าวหาโดยอ้างว่าตนได้ผลิตสินค้าภายใต้มาตรฐานอุตสาหกรรมที่กำหนดโดย Joint Electronics Devices Engineering Infineon Council (JEDEC) และ Rambus ซึ่งเป็นสมาชิกของ JEDEC ไม่สามารถบังคับใช้สิทธิเรียกค่าตอบแทนจากสิทธิบัตรเพราะ Rambus มีเจตนาฉ้อฉล (fraud) ด้วยการปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับคำขอรับสิทธิบัตร (pending patent) อันเป็นการฝ่าฝืนข้อกำหนดนโยบายของ JEDEC และถึงแม้ว่าในภายหลัง การพิจารณาจะให้ความว่า สิทธิบัตรของ Rambus จะไม่ครอบคลุมข้อกำหนดตามมาตรฐานของ JEDEC ก็ตาม ศาลในคดีนี้คือ the U.S. District Court for the Eastern District of Virginia โดยคณะลูกขุนลงความเห็น เชื่อว่าบริษัท Rambus มีเจตนาฉ้อฉลจริงจากการปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับคำขอรับสิทธิบัตรของตนซึ่งกำลังอยู่ในขั้นตอนการพิจารณาแก่ JEDEC ซึ่งตนเป็นสมาชิกอยู่ โดยรู้หรือสามารถรู้ได้ว่าเทคโนโลยีที่กำลังพิจารณาในการกำหนดมาตรฐาน DRAM นั้นจะละเมิดการประดิษฐ์ที่ Rambus ได้ยื่นขอสิทธิบัตรไว้แล้ว ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่าข้อกำหนดนโยบายสิทธิบัตรในขณะที่ Rambus เป็นสมาชิกอยู่นั้น ได้ระบุเพียงให้สมาชิกต้องเปิดเผยสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานที่กำหนด

แต่เนื่องจากในการสืบพยานได้ข้อเท็จจริงว่า Rambus ในขณะที่เป็นสมาชิกของ JEDEC ได้แสดงออกว่ารับทราบ "โดยนัย" ถึงนโยบายการเปิดเผยสิทธิบัตรตั้งแต่ก่อนปี ค.ศ.1993 แล้วว่ามีความหมายรวมไปถึงคำขอรับสิทธิบัตรที่อยู่ในขั้นพิจารณาด้วย Rambus จึงมีหน้าที่แจ้งถึงความเป็นอยู่ของสิทธิบัตรที่กระทบต่อการใช้มาตรฐานให้ JEDEC ทราบ ดังนั้น การไม่แจ้งให้ JEDEC ทราบ

ถึงคำขอรับสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐาน DRAM จึงเป็นการเจตนาปกปิดเพื่อพยายามกระทำการผูกขาดโดยอาศัยมาตรฐานตาม section 2 ของ the Sherman Act \* ท้ายที่สุด บริษัท Rambus อุทธรณ์คดีนี้ต่อ the U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit \*\* ในปี ค.ศ. 2003 ศาลได้พิจารณากลับคำตัดสินของศาลล่างด้วยเสียง 2 ต่อ 1 ว่าข้อกำหนดนโยบายสิทธิบัตรของ JEDEC นั้นคลุมเครือไม่ครอบคลุมถึงคำขอรับสิทธิบัตรและไม่มีผลผูกพันบริษัท Rambus ดังนั้น Rambus จึงไม่มีหน้าที่เปิดเผยสิทธิบัตร (no duty to disclose) และการไม่แจ้งให้ทราบถึงสิทธิบัตรที่มีจึงไม่เป็นการฉ้อฉล

อย่างไรก็ตาม เมื่อเดือนมิถุนายน ปี ค.ศ.2002 FTC ได้ดำเนินการกล่าวโทษการกระทำของ Rambus ว่าเป็นการฝ่าฝืนต่อ section 5 ของ the Federal Trade Commission Act ทั้งนี้ FTC กล่าวหา Rambus ว่าการบกร่องต่อหน้าที่เปิดเผยความมีอยู่ของสิทธิบัตร เป็นการพยายามผูกขาดตลาดหน่วยความจำโดยไม่ยุติธรรมด้วยการฉ้อฉล JEDEC เกี่ยวกับสิทธิในสิทธิบัตรของตนซึ่งฝ่าฝืนต่อเจตนารมณ์ ระเบียบนโยบายและกระบวนการของ JEDEC เพื่อเปิดโอกาสให้ Rambus ได้รับอำนาจผูกขาดเหนือเทคโนโลยีในมาตรฐานของ JEDEC ทั้งนี้โฆษกของ FTC ได้กล่าวถึงการดำเนินการกับ Rambus ว่า “FTC ได้ส่งสารถึงสมาชิกในอุตสาหกรรมเทคโนโลยีทั้งหลายว่า หากกำลังเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการกำหนดมาตรฐาน ขอให้เอาใจใส่กับการยึดถือกฎระเบียบและดำเนินการด้วยความสุจริตใจ (good faith)”

แต่ในการได้สวนเบื้องต้นโดย administrative law judge (ALJ) ผู้พิพากษา Stephen J. McGuire ได้ยกคำร้องกล่าวโทษดังกล่าวเมื่อเดือนกุมภาพันธ์ ปี ค.ศ.2004 ด้วยเห็นว่า พฤติกรรมของ Rambus ไม่ถึงขั้นเป็นการฉ้อฉลหรือฝ่าฝืนหน้าที่โดยทางอ้อม (extrinsic duty) และศาลก็เห็นว่าไม่มีความเชื่อมโยงเป็นเหตุเป็นผลระหว่างการกำหนดมาตรฐานของ JEDEC กับการได้มาซึ่งอำนาจผูกขาดของ Rambus ดังนั้นพฤติกรรมของ Rambus จึงมิได้ก่อให้เกิดผลต่อด้านการผูกขาด (คดีนี้ยังอยู่ระหว่างการอุทธรณ์ของ FTC)

แม้คดีของ Rambus จะยังไม่ได้ข้อสรุป แต่ก็เพียงพอให้เห็นถึงช่องโหว่ของข้อกำหนดนโยบายทรัพย์สินทางปัญญาที่เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการมีอำนาจควบคุมเหนือมาตรฐาน องค์การกำหนดมาตรฐานจึงควรขยายหลักการเปิดเผยทรัพย์สินทางปัญญาออกไปจากหน้าที่เปิดเผยสิทธิบัตรที่ได้รับแล้ว (issued patent) ไปถึงคำขอรับสิทธิบัตรที่อยู่ในขั้นตอนการพิจารณา (pending patent) เพื่อป้องกันการฉวยโอกาสจากการกำหนดมาตรฐาน ทั้งนี้เพราะหลังจากมีการยื่นคำขอรับสิทธิบัตร คำขอนั้นจะยังคงไม่สามารถตรวจสอบได้จนกว่าจะมีการเปิดเผยคำขอรับสิทธิบัตรต่อ

---

\* แต่ท้ายที่สุด Rambus ก็มีได้ถูกลงโทษในข้อกล่าวหาที่ Infineon ฟ้องแย้งดังกล่าว เพราะ Infineon ไม่สามารถเสนอพยานหลักฐานพิสูจน์ข้อเบ็ดเตล็ดทางภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องตามที่กล่าวอ้างให้แก่ศาลได้

\*\* *Rambus, Inc. v. Infineon Technologies AG, et al.*, 318 F.3d 1081 (Fed. Cir. January 29, 2003)



สาธารณะ ซึ่งใช้ระยะเวลาโดยเฉลี่ยของประเทศต่างๆประมาณ 18 เดือนหลังจากมีการยื่นคำขอรับสิทธิบัตร<sup>24</sup> ในสหรัฐอเมริกานั้นตามกฎหมายสิทธิบัตรเดิม คำขอรับสิทธิบัตรจะถูกปิดเป็นความลับจนกว่าจะได้รับสิทธิบัตร ผู้ยื่นจึงไม่สามารถทราบถึงการดำเนินการขอรับสิทธิบัตรได้จนกว่าจะได้รับสิทธิบัตรแล้ว แต่นับจากปี ค.ศ.1999 เป็นต้นไป คำขอรับสิทธิบัตรจะต้องถูกเปิดเผยต่อสาธารณะหลังจากวันยื่นคำขอ 18 เดือน<sup>25</sup> ซึ่งเปิดโอกาสให้องค์กรกำหนดมาตรฐานสามารถตรวจสอบได้ว่าการยื่นขอรับสิทธิบัตรในการประดิษฐ์นั้นไว้แล้วได้ อย่างไรก็ตามระยะเวลา 18 เดือนก่อนคำขอรับสิทธิบัตรจะถูกเปิดเผย ผู้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรก็ยังสามารถปกปิดคำขอไว้ได้จนกว่าจะครบกำหนด 18 เดือนได้เช่นกัน ดังนั้น หากไม่กำหนดหน้าที่ต้องเปิดเผยคำขอรับสิทธิบัตรในกระบวนการกำหนดมาตรฐาน จะกลายเป็นช่องทางให้ผู้ประกอบการฉวยโอกาสเข้ามีอำนาจควบคุมมาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้นได้

แม้ว่าหลังจากเกิดประเด็นการปกปิดสิทธิบัตรของ Dell ในปี ค.ศ.1996 องค์กรกำหนดมาตรฐานหลายแห่งจะตื่นตัวและหันไปแก้ไขเพิ่มเติมข้อกำหนดนโยบายทรัพย์สินทางปัญญาของตนให้รัดกุมยิ่งขึ้น โดยเฉพาะในประเด็นการกำหนดหน้าที่เปิดเผยสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดมาตรฐาน แต่ในงานวิจัยของ Mark A. Lemley (2002) ซึ่งทำการรวบรวมข้อกำหนดนโยบายทรัพย์สินทางปัญญาขององค์กรกำหนดมาตรฐาน จำนวน 29 องค์กร (ส่วนใหญ่เป็นองค์กรกำหนดมาตรฐานในอุตสาหกรรมการสื่อสารและเครือข่ายคอมพิวเตอร์) ปรากฏว่ามีองค์กรกำหนดมาตรฐานถึง 10 ใน 21 องค์กร \* ที่กำหนดนโยบายทรัพย์สินทางปัญญาจำกัดไว้เพียงแค่สิทธิบัตร (นั่นคือหน้าที่การเปิดเผยและการยินยอมให้อนุญาตใช้สิทธิภายใต้หลัก RAND จะไม่รวมไปถึงลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้าและทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นๆ) และองค์กรส่วนใหญ่กำหนดนโยบายหน้าที่เปิดเผยไว้เฉพาะกับสิทธิบัตรที่ได้รับแล้ว (issued patent) แต่ไม่ได้ครอบคลุมถึงหน้าที่เปิดเผยคำขอรับสิทธิบัตรที่อยู่ระหว่างพิจารณา (pending patent) แต่อย่างไรก็ตาม\*\*

- ข้อกำหนดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาใน DVD forum charter

<sup>24</sup> Mark A. Lemley, "Intellectual property rights and standard setting organizations", 2002.

<sup>25</sup> 35 United States Code (U.S.C.) 111(a)

\* อีก 7 องค์กรไม่มีข้อกำหนดนโยบายทรัพย์สินทางปัญญา ส่วนอีก 1 องค์กรอยู่ในระหว่างการดำเนินการจัดทำ

\*\* องค์กรที่กำหนดหน้าที่เปิดเผยครอบคลุมถึงคำขอรับสิทธิบัตรในงานวิจัยดังกล่าว เช่น ITU, OSGi และ WAP Forum ส่วนบางองค์กรอย่าง ATM Forum กำหนดให้ต้องเปิดเผยเฉพาะคำขอรับสิทธิบัตรที่ถูกเปิดเผยแก่สาธารณะแล้วเท่านั้น

ในข้อตกลงขององค์กรกำหนดมาตรฐาน DVD หรือ DVD forum นั้น เป็นอีกองค์กรหนึ่งซึ่งมิได้กล่าวถึงหน้าที่การเปิดเผยทรัพย์สินทางปัญญาในขั้นตอนกำหนดมาตรฐาน แต่ใช้ข้อกำหนดเรื่องการยินยอมให้อนุญาตใช้สิทธิที่อยู่บนหลัก FRND ดังนี้

“Those Members of the categories as specified below will be requested to execute a written instrument, in which such Member agrees to grant, under fair, reasonable and non-discriminatory terms and conditions, to any Members or third parties, a license of patents, both granted and pending...”<sup>26</sup>

แม้ข้อตกลงการยินยอมให้อนุญาตใช้สิทธิดังกล่าวจะครอบคลุมทั้งสิทธิบัตรที่ได้รับแล้ว และสิทธิบัตรที่อยู่ในระหว่างการดำเนินการ การไม่กำหนดหน้าที่เปิดเผยทรัพย์สินทางปัญญาของสมาชิกย่อมมีประโยชน์เป็นการลดภาระค่าใช้จ่ายและเวลาของสมาชิกลงได้ พร้อมทั้งลดความเสี่ยงจากการถูกฟ้องร้องเป็นคดีตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดเนื่องจากการไม่แจ้งทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งที่เกิดจากความบกพร่องหรือเจตนาปกปิดก็คิด กล่าวคือกรณีของ Dell มีข้อตกลงกำหนดหน้าที่แต่ Dell บกพร่องไม่ได้แจ้งให้ทราบ ส่วนกรณีของ Rambus ข้อตกลงกำหนดหน้าที่ไม่ชัดเจนทำให้เกิดข้อโต้แย้งว่า Rambus มีหน้าที่ต้องแจ้งให้ทราบหรือไม่ แต่หากไม่มีข้อกำหนดหน้าที่ดังกล่าวไว้เลย ข้อตกลงเช่นนี้จึงมีลักษณะเป็นคุณแก่ผู้ประกอบการที่ร่วมกำหนดมาตรฐานที่มีขนาดใหญ่และมีทรัพย์สินทางปัญญาครอบครองอยู่เป็นจำนวนมาก เหตุผลอีกประการหนึ่งของการไม่กำหนดหน้าที่ที่เปิดเผยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอาจเป็นไปได้ว่า เพราะเป้าหมายของมาตรฐานที่ต้องการกำหนดขึ้นมานั้น มิได้ประสงค์จะเปิดให้นำไปใช้ได้โดยไม่เสียค่าตอบแทน (royal free) เมื่อเทคโนโลยีของสมาชิกรายใดได้รับเลือกเป็นมาตรฐาน การอนุญาตให้ใช้สิทธิต้องถูกจำกัดโดยหลัก RAND ซึ่งทำให้ผู้ทรงสิทธิไม่สามารถกำหนดเงื่อนไขและค่าตอบแทนการใช้สิทธิได้ตามอำเภอใจอยู่แล้ว ประการหนึ่ง อีกทั้งการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีของสมาชิกในกลุ่มย่อมอาศัยการลงทุน ผู้ประกอบธุรกิจย่อมต้องการแสวงหาผลตอบแทนจากการลงทุนไป ดังนั้น ในกรณีขององค์กรกำหนดมาตรฐานที่มีลักษณะเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์โดยแท้อย่าง DVD forum นี้ การที่สมาชิกรายใดจะเปิดให้ผู้อื่นใช้เทคโนโลยีที่ตนลงทุนพัฒนาไปโดยไม่ต้องชำระค่าตอบแทนคงเป็นไปได้ ดังนั้น ในความเห็นของผู้เขียน ภายใต้ข้อกำหนดการอนุญาตใช้สิทธิบนหลัก RAND นั้น หน้าที่เปิดเผยทรัพย์สินทางปัญญาไม่มีความจำเป็นต่อการกำหนดมาตรฐานเท่าไรนัก การไม่กำหนดหน้าที่เปิดเผยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในกรณี DVD forum น่าจะถือว่าเหมาะสมแก่สภาพการประกอบธุรกิจ เพราะไม่สร้างภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายให้กับสมาชิกโดยไม่จำเป็นซึ่งจะช่วยให้ผู้ประกอบการต่างๆ สนใจเข้าร่วมกำหนดมาตรฐานมากขึ้น เพียงอาศัยข้อกำหนดการอนุญาต

<sup>26</sup> Article 17 The DVD Forum Charter.

ใช้สิทธิบนหลัก RAND ก็เพียงพอต่อการป้องกันการฉวยโอกาสเข้าควบคุมมาตรฐานของผู้ทรงสิทธิได้อย่างมีประสิทธิภาพดังที่ได้กล่าวมาเพียงพอแล้ว

อนึ่ง แต่ในองค์กรกำหนดมาตรฐานที่ไม่แสวงหาผลกำไร ซึ่งอาจมีเป้าหมายกำหนดมาตรฐานที่เปิดให้นำไปใช้ได้โดยไม่เก็บค่าตอบแทนผู้เขียนมีความเห็นที่ต่างออกไป กล่าวคือ เป็นที่น่ากังวลว่าหากปราศจากข้อกำหนดหน้าที่เปิดเผยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะค่าขอรับสิทธิบัตรแล้ว กระบวนการคัดเลือกเทคโนโลยีในมาตรฐานจะปลอดจากการปกปิดทรัพย์สินทางปัญญาได้เพียงใด แม้ว่าเมื่อปัญหาเช่นนี้ขึ้นสู่ศาลหรือหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดทางการค้าแล้ว การปกปิดทรัพย์สินทางปัญญาเช่นนี้อาจถูกปฏิเสธการบังคับใช้สิทธิหรือถูกตั้งข้อกล่าวหาว่ากระทำการพยายามผูกขาดก็ตาม แต่ความล่าช้าของคดีย่อมเป็นผลเสียต่อการยอมรับมาตรฐานในตลาดที่ต้องล่าช้าออกไป ดังนั้นเพื่อป้องกันปัญหาการปกปิดเทคโนโลยีที่อยู่ในขั้นตอนการขอรับสิทธิบัตรซึ่งยากแก่การตรวจสอบนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าองค์กรกำหนดมาตรฐานต่างๆควรตระหนักถึงความสำคัญของนโยบายทรัพย์สินทางปัญญาที่ควรครอบคลุมถึงหน้าที่การเปิดเผยค่าขอรับสิทธิบัตรไว้ด้วย แม้ว่าจะมีข้อกำหนดการให้อนุญาตใช้สิทธิภายใต้หลัก RAND แต่คงจะดีกว่าถ้าองค์กรกำหนดมาตรฐานจะสามารถเลือกเทคโนโลยีที่ผู้ทรงสิทธิยินยอมอนุญาตให้ใช้โดยไม่เก็บค่าตอบแทน แทนที่จะต้องเสี่ยงกับการเลือกเทคโนโลยีที่สุดท้ายมีผู้ออกมาอ้างสิทธิและเรียกเก็บค่าตอบแทนการใช้ในภายหลัง

### 3.1.2.5.2 ปัญหาการจำกัดผู้มีสิทธิเข้าร่วมในการกำหนดมาตรฐาน

มีปัญหาว่าการกำหนดมาตรฐานจำเป็นต้องเปิดกว้างให้ผู้ประกอบการทุกรายเข้ามีส่วนร่วมหรือไม่ เนื่องจากกระบวนการกำหนดมาตรฐานสามารถสร้างความได้เปรียบเสียเปรียบให้แก่ผู้แข่งขันในตลาดได้ จึงเกิดคำถามขึ้นว่า การร่วมกันกำหนดมาตรฐานควรจะเป็นกระบวนการที่ผู้ที่มีส่วนได้เสียทุกรายสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมได้เสมอหรือไม่ การปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการบางรายเข้าร่วมในการกำหนดมาตรฐานอาจถูกตั้งข้อสงสัยว่าเป็นพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันโดยการรวมกลุ่มต่อต้าน (group boycott) ดังนั้น องค์กรกำหนดมาตรฐานบางส่วนจึงเลือกยอมรับผู้ประกอบการทุกรายที่ประสงค์เข้าร่วมให้เข้าสู่กระบวนการกำหนดมาตรฐาน เพื่อให้ "ปลอดภัย" จากข้อกล่าวหาตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาด David A. Balto<sup>27</sup> มีความเห็นที่จริงแล้ว การปฏิเสธไม่ให้เข้าร่วมไม่อาจถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดเสมอไป และภายใต้การพิจารณาตามหลักเหตุและผล ศาลส่วนใหญ่ก็ยอมรับเหตุผลสนับสนุนความสามารถในการจำกัดสมาชิกของกระบวนการกำหนดมาตรฐานว่าอาจเป็นผลทำให้เกิด

<sup>27</sup> David A. Balto, "Standard setting in the 21st century: Network economy", the computer & Internet lawyer Vol.18 Number 6, June 2001.

ประสิทธิภาพและส่งเสริมการแข่งขันได้เช่นกัน ขนาดขององค์กรมิได้เกี่ยวข้องกับประสิทธิภาพในการกำหนดมาตรฐาน การกำหนดมาตรฐานโดยผู้ประกอบการเพียงไม่กี่รายก็สามารถมีประสิทธิภาพเหนือกว่าการกำหนดโดยองค์กรขนาดใหญ่ได้เช่นกัน อีกทั้งการมีสมาชิกในองค์กรมากเกินไปอาจสร้างปัญหาต่อการกำหนดมาตรฐาน โดยเฉพาะกับองค์กรกำหนดมาตรฐานที่อาศัยการลงความเห็นชอบของสมาชิกแบบเอกฉันท์ (absolute consensus) ในการกำหนดมาตรฐาน และบางองค์กรยังให้อำนาจแก่สมาชิกในการยับยั้ง (veto power) ทำให้การลงคะแนนเสียงไม่เห็นด้วยของสมาชิกเพียงรายเดียวก็สามารถหยุดกระบวนการกำหนดมาตรฐานลงได้ในทันที ผลของการประกาศมาตรฐานที่ต้องล่าช้าออกไป (หรืออาจจะไม่สามารถหาข้อสรุปได้เลย) จะมีผลต่อการยอมรับเทคโนโลยีใหม่ต้องล่าช้าออกไป ในขณะที่อุตสาหกรรมที่ใช้เทคโนโลยีระดับสูงต้องการความรวดเร็วของกระบวนการกำหนดมาตรฐานเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีเป็นไปอย่างรวดเร็ว องค์กรที่มีสมาชิกจำนวนมากและต้องอาศัยมติเอกฉันท์ของสมาชิกจึงอาจกลายเป็นสาเหตุของความด้อยประสิทธิภาพในการกำหนดมาตรฐานเสียเอง

### 3.1.2.6 การควบคุมการใช้สิทธิบัตรร่วมกันเพื่อนำมาตรฐานไปใช้งาน

เนื่องจากมาตรฐานดีวีดีประกอบไปด้วยสิทธิบัตรที่จำเป็นสำหรับการผลิตเครื่องเล่นแผ่นดีวีดีมากถึง 115 ฉบับ และต้องใช้สิทธิบัตรอีก 95 ฉบับสำหรับการผลิตแผ่นดีวีดี ซึ่งหากไม่มีการวางแผนจัดการที่ดีแล้ว มาตรฐานดีวีดีย่อมประสบกับปัญหาต่างๆดังที่ได้กล่าวมาแล้วมากมาย ดังนั้นการจัดทำ DVD patent pools จึงช่วยขจัดปัญหา Blocking patent ได้เป็นอย่างดีและยังช่วยอำนวยความสะดวกแก่การขออนุญาตใช้สิทธิบัตรตามมาตรฐานให้เป็นไปโดยสะดวกรวดเร็วยิ่งขึ้น เพราะผู้ต้องการขออนุญาตไม่ต้องดำเนินการเจรจากับผู้ทรงสิทธิบัตรแต่ละรายไป แต่สามารถติดต่อผ่านตัวแทนเพื่อขออนุญาตได้ภายในครั้งเดียว (Single Stop Shopping) ทำให้ค่าใช้จ่ายในการติดต่อทำธุรกรรมลดลง ไม่ต้องประสบปัญหาการเจรจาในข้อตกลงกับผู้ทรงสิทธิบัตรจำนวนมาก ซึ่งอาจเรียกเรื่องเงินใจแตกต่างกันไป และช่วยลดอัตราการฟ้องร้องเรื่องการละเมิดสิทธิบัตรระหว่างสมาชิกในกลุ่มโดยไม่เจตนาเพราะขออนุญาตไม่ครบถ้วน แต่แม้ patent pool จะเป็นประโยชน์ต่อการสนับสนุนในการนำมาตรฐานไปใช้งานได้อย่างสะดวกและประหยัด อย่างไรก็ตามก็เป็นการรวมตัวของผู้ประกอบการที่ประกอบไปทั้งในแนวดิ่งและแนวนอนจำนวนมาก ซึ่งอาจถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดจึงยังต้องดูแลตรวจสอบการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันในประเด็นต่างๆเป็นรายกรณีไป โดยเฉพาะในประเด็นสำคัญต่อไปนี้



### 3..1.2.6.1 เป็นการรวบรวมเฉพาะสิทธิบัตรที่จำเป็นสำหรับมาตรฐานอย่างแท้จริงเท่านั้น

ประโยชน์ของการทำ patent pool อย่างหนึ่งคือเป็นการรวบรวมสิทธิบัตรที่ต้องใช้ร่วมกันเข้าไว้ด้วยกัน (complementary patents) แต่หากการรวบรวมสิทธิบัตรนั้นยินยอมให้นำสิทธิบัตรที่ไม่จำเป็นสำหรับการปฏิบัติตามมาตรฐาน เช่น สิทธิบัตรที่มีสิทธิบัตรอื่นใช้ทดแทนได้ หรือสิทธิบัตรที่ไม่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรฐาน\* จะเป็นการกีดกันสิทธิบัตรฉบับอื่นไม่ให้ถูกใช้ผลิตตามมาตรฐาน เพราะผู้ประกอบการย่อมไม่มีเหตุผลที่จะเสียค่าตอบแทนเพื่อใช้สิทธิบัตรอื่นอีก อีกทั้งการรวมสิทธิบัตรที่ไม่เกี่ยวข้องกับการผลิตตามมาตรฐานเข้าไว้ในข้อตกลงจะเป็นการเพิ่มต้นทุนให้แก่ผู้ขอรบอนุญาตโดยไม่จำเป็น เพื่อป้องกันการฉวยโอกาสแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบดังกล่าว จึงจำเป็นต้องมีมาตรการเพื่อแบ่งแยกเทคโนโลยีที่จำเป็นออกจากสิทธิบัตรทั่วไปด้วยความโปร่งใสยุติธรรม ทั้งนี้การพิจารณาสิทธิบัตรสำหรับมาตรฐาน DVD และ MPEG 2 ได้มอบหมายให้เป็นหน้าที่ของผู้เชี่ยวชาญอิสระด้านสิทธิบัตรเป็นผู้พิจารณาแบ่งแยกเทคโนโลยีที่จำเป็นเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการพิจารณาสิทธิบัตร โดยมีผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้อง

#### อย่างไรจึงจะถือว่า "จำเป็น" สำหรับมาตรฐาน

ตามคำแนะนำปี ค.ศ.1995 สิทธิบัตรที่จำเป็น คือ สิทธิบัตรในเทคโนโลยีที่ไม่มีเทคโนโลยีใดสามารถใช้ทดแทนได้ (no substitute patent) และจะถูกละเมิดเมื่อมีการใช้งานมาตรฐาน ดังนั้นสิทธิบัตรที่มี “ความจำเป็นทางเทคนิค” (technically essential) จึงสามารถถูกรวมเข้าไว้ด้วยกันโดยจะไม่ถือเป็นการจำกัดการแข่งขัน แต่สำหรับการพิจารณาความจำเป็นของสิทธิบัตรสำหรับการปฏิบัติตามข้อกำหนดในมาตรฐาน DVD ที่ผู้ประกอบการได้เสนอไปกลับแตกต่างออกไป ได้แก่ การพิจารณาโดยอาศัย “ความจำเป็นในทางปฏิบัติ” (practical matter) ซึ่งพิจารณาจากต้นทุนในการผลิตและหลักปฏิบัติในอุตสาหกรรม ว่าการผลิตสินค้าตามข้อกำหนดในมาตรฐานจะไม่สามารถผลิตได้โดยปราศจากการละเมิดสิทธิบัตรนั้น

นั่นก็คือกองพิจารณาธุรกิจ (the Business Review Division) ของกระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ ได้ใช้ความหมายของ “ความจำเป็น” (essential) ออกได้เป็น 2 แนวทางคือ การพิจารณาโดยอาศัย “ความจำเป็นทางเทคนิค” (technically essential) หมายความว่าถึงสิทธิบัตรนั้นไม่มีทางเลือกอื่นในทางเทคนิคเพื่อปฏิบัติตามข้อกำหนดการปฏิบัติตามมาตรฐาน จึงจะถือว่าเป็นสิทธิบัตรที่จำเป็น ซึ่งเป็นแนวทางที่กองพิจารณาธุรกิจ นำมาใช้พิจารณาสิทธิบัตรที่จำเป็นในการทำ MPEG-2 pool

---

\* นอกจากนั้น สิทธิบัตรที่ถูกรวมต้องเป็นสิทธิบัตรที่ยังได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย หากสิทธิบัตรใดที่ถูกเพิกถอนหรือหมดอายุความคุ้มครองจะต้องถูกนำออกไปจากข้อตกลงใน patent pool ทั้งนี้

เพราะมีความจำเป็นในทางเทคนิคจึงไม่มีเทคโนโลยีอื่นทดแทนได้เลย การรวบรวมสิทธิบัตรประเภทนี้เข้าไว้ด้วยกันจึงไม่ก่อให้เกิดประเด็นการต่อต้านการแข่งขัน

ส่วนกับอีกแนวทางหนึ่งคือ "ความจำเป็นในทางการค้า" (commercially essential) คือสิทธิบัตรที่ระบุไว้ในข้อกำหนดมาตรฐาน อาจจะมีเทคโนโลยีอื่นที่ใกล้เคียงและอาจใช้ทดแทนกันได้ แต่ "ในทางปฏิบัติ" สิทธิบัตรนั้นก็จะถูกละเมิดอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้หากมีการผลิตสินค้าตามข้อกำหนดในมาตรฐาน การพิจารณาความจำเป็นในทางปฏิบัติซึ่งหมายถึงในทางปฏิบัติทางการค้านี้สามารถดูได้จากความเป็นไปได้หรือความเหมาะสมในการออกแบบข้อกำหนดเพื่อหลีกเลี่ยงการละเมิดสิทธิบัตรฉบับนั้นในทางการค้า หากไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้สิทธิบัตรฉบับนั้นก็ถือว่ามีความจำเป็นในทางปฏิบัติทางการค้า ในคำขอให้พิจารณา 6C DVD pool ได้ยกความจำเป็นในทางการค้านี้เพื่อรวบรวมสิทธิบัตรเข้าไว้ด้วยกันดังเห็นจากถ้อยคำที่ปรากฏในหนังสือที่ส่งให้ DOJ พิจารณารับรองการทำ patent pool ว่า "ไม่มีทางเลือกอย่างแท้จริง" (no realistic alternative) และเช่นเดียวกันในคำขอพิจารณาของ 3C DVD pool ก็อ้างเหตุผลความจำเป็นทางการค้าว่า "เป็นความจำเป็นในทางปฏิบัติ" (essential as a practical matter)

เหตุผลส่วนหนึ่งที่กระทรวงยุติธรรมสหรัฐยินยอมให้ใช้ความจำเป็นในทางปฏิบัติทางการค้า แทนที่จะถือตามความจำเป็นทางเทคนิคที่ระบุในข้อกำหนดมาตรฐาน โดยเคร่งครัดนั้น อาจเป็นเพราะในแง่ของผู้ขออนุญาตใช้สิทธิ หากการได้รับอนุญาตใช้สิทธิจาก patent pool แล้วแต่ในทางปฏิบัติทางการค้ากลับไม่สามารถผลิตสินค้าตามข้อกำหนดในมาตรฐานได้ การขออนุญาตใช้สิทธิบัตรตามมาตรฐานจึงแทบไม่มีค่าอันใดหากไม่สามารถทำให้ผู้ขอใช้อนุญาตใช้สิทธิทำการผลิตสินค้าตามที่ตั้งใจไว้ได้สำเร็จนั่นเอง

### 3.1.2.6.2 การเข้าถึงมาตรฐาน (access to standard: "Fair")

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าประโยชน์สำคัญของการร่วมกันกำหนดมาตรฐานก็คือช่วยให้ตลาดเกิดการแข่งขันจากผู้ประกอบการที่ผลิตภายใต้มาตรฐานเดียวกัน อีกทั้งการจัดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่จะทำให้ผู้ประกอบการที่มีเทคโนโลยีที่สูงกว่าสามารถเข้าสู่ตลาดได้โดยไม่ถูกกีดกันจากผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด

ตามหลักแล้ว ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาย่อมมีสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียว (exclusive rights) ในการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาของตน อันหมายถึงสิทธิในทางปฏิบัติที่จะห้ามผู้อื่นนำทรัพย์สินทางปัญญาของตนไปแสวงหาประโยชน์ด้วย หรือผู้ทรงสิทธิจะอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาของตน โดยเรียกเก็บค่าตอบแทนการใช้สิทธิ (royalty) เป็นการตอบแทนก็ได้ ทรัพย์สินทางปัญญาเมื่อเป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐาน สิทธิเด็ดขาดที่มีอาจถูกใช้ป็นเครื่องมือเพื่อกีดกันผู้อื่นไม่ให้สามารถเข้าถึง (access) มาตรฐานที่จัดตั้งขึ้น การจำกัดผู้ประกอบการ

ที่สามารถใช้มาตรฐานที่กำหนดขึ้นได้ตามใจชอบนี้ดูเหมือนจะเป็นการใช้สิทธิเด็ดขาดในเทคโนโลยีของตนเพื่อแสวงหาประโยชน์และคัดเลือกผู้ประกอบการที่เหมาะสมให้ใช้สิทธิได้ การปฏิเสธผู้อื่นไม่ให้เข้าถึงมาตรฐาน หรือมาตรฐานที่เป็นแบบปิด (closed standard) นั้นเป็นการอาศัยสิทธิเด็ดขาดในสิทธิบัตรในการปฏิเสธไม่ให้ผู้อื่นใช้สิทธิบัตรของตน (refusal to license) โดยอาจจำกัดไว้เฉพาะกลุ่มผู้ประกอบการบางราย แต่ไม่ใช่แก่ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งทั้งหมดในตลาดซึ่งถือเป็นสิทธิตามปกติของผู้ทรงสิทธิบัตร เพราะสิทธิแต่เพียงผู้เดียวถือเป็นสิทธิในทางปฏิเสธ ดังนั้น หากสิทธิบัตรนั้นจำเป็นสำหรับการปฏิบัติตามมาตรฐาน จึงมีผลเท่ากับที่ผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิในการปฏิเสธผู้อื่นไม่ให้ใช้มาตรฐานนั้นไปโดยปริยาย ยิ่งหากมีการผูกขาดอยู่ในระดับมาตรฐานด้วยแล้ว ผู้ทรงสิทธิบัตรจะมีอำนาจผูกขาดเบ็ดเสร็จเพราะเป็นผู้เดียวที่มีสิทธิใช้ หรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้เทคโนโลยีที่ผูกขาดอยู่ อำนาจผูกขาดแบบเบ็ดเสร็จนี้ ในความเป็นจริงสามารถพบเห็นได้ทั่วไปในการประกอบธุรกิจที่ผูกขาดมาตรฐานโดยพฤตินัย (de facto standard) ที่มีลักษณะเป็นมาตรฐานแบบปิด (closed standard)

การแก้ไขปัญหาคู่แข่งไม่ให้เข้าถึงมาตรฐาน มีลักษณะเป็นการกีดกันคู่แข่งออกจากตลาดรูปแบบหนึ่ง แต่การแก้ไขปัญหามาจากการบังคับผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่ครอบครองมาตรฐานให้เปิดมาตรฐานนั้นอาศัยหลักกฎหมายที่เรียกว่า “Duty to deal”

โดยปกติศาลในสหรัฐฯจะไม่แทรกแซงเสรีภาพในการประกอบธุรกิจของเอกชนด้วยการออกคำสั่งให้เอกชนต้องทำการค้ากับคู่แข่ง (duty to deal) แม้ว่าเอกชนรายนั้นจะเป็นผู้ผูกขาดก็ตามที่ กรณียกเว้นที่จะพบว่ศาลในสหรัฐฯออกคำสั่งเช่นนี้มีเพียงไม่กี่กรณี หนึ่งในนั้นก็คือ เมื่อผู้ผูกขาดครอบครองโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นสำหรับการแข่งขัน (Essential Facilities Doctrine)

- หลักโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็น (Essential Facilities Doctrine)

ผู้ผูกขาดจะมีหน้าที่ต้องทำการค้า (duty to deal) กับคู่แข่งเมื่อผู้ผูกขาดรายนั้นมีอำนาจควบคุมโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็น (essential facility) ซึ่งหมายถึง ทรัพยากรที่จำเป็นสำหรับความอยู่รอดของคู่แข่งซึ่งคู่แข่งไม่สามารถจัดหาเองได้ Epstein (1998) อธิบายว่าหลักนี้ไว้ว่าเป็นการกำหนดให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาดในตลาดต้องยอมตกลงทำการค้าอย่างชอบธรรม (to deal equitably) กับคู่แข่งที่ทำธุรกิจในตลาดข้างเคียง (adjacent market) ซึ่งต้องพึงพาปัจจัยการผลิตที่จำเป็นของผู้ผูกขาดนั้น ในการอ้างหลักโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นนี้เพื่อบังคับเอาจากผู้ผูกขาดโดยมีองค์ประกอบ คือ

- (1) การเข้าถึงโครงสร้างพื้นฐานนั้นมีความจำเป็นต่อความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบการอื่นๆ
- (2) โครงสร้างพื้นฐานนั้นถูกควบคุมโดยผู้ผูกขาด

(3) ผู้ร้องขอไม่สามารถจัดหาโครงสร้างพื้นฐานเช่นนั้นได้ในทางปฏิบัติหรืออย่างสมเหตุสมผล

(4) ผู้ร้องขอเคยถูกปฏิเสธการใช้งานโครงสร้างพื้นฐานนั้นมาก่อน

(5) โครงสร้างพื้นฐานโดยสภาพเปิดช่องให้ผู้ขอสามารถใช้ได้\*

หลักนี้แต่เดิมถูกนำมาใช้กับโครงสร้างพื้นฐานที่เป็นรูปธรรม (real network) ดังเช่น สะพานและสถานีทางรถไฟในคดี *U.S. v. Terminal R.R. Ass'n of St. Louis*, 224 U.S. 383 (1912) ซึ่งผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งไม่สามารถหาได้จากแหล่งอื่น ผู้ผูกขาดจึงต้องยินยอมให้คู่แข่งของตนใช้เครือข่ายที่จำเป็นนั้นได้แม้ หลักนี้ได้ถูกนำมาอ้างถึงกับสภาพของเทคโนโลยีที่ต้องการ "การเข้าถึง" (access) ยังเครือข่ายเสมือน \*\* (virtual network) ของผู้ผูกขาดด้วยเช่นกัน \*\*\* แต่การใช้วิธีการบังคับผู้ประกอบการให้ยอมเปิดให้คู่แข่งใช้โครงข่ายที่จำเป็นนั้นต้องใช้เมื่อมีความจำเป็นจริงๆ เท่านั้น

ความลำบากใจในการแทรกแซงการประกอบธุรกิจด้วยการออกคำสั่งให้ทำการค้ากับคู่แข่งชั้นของศาลในสหรัฐจะมีมากยิ่งขึ้นเมื่อเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญา หรือที่เรียกว่า “การบังคับให้อนุญาตใช้ทรัพย์สินทางปัญญา” (compulsory licensing) เพราะจะกระทบถึงสิทธิในการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาที่กฎหมายให้ความคุ้มครองอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับสิทธิบัตรซึ่งเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทที่กฎหมายให้ความคุ้มครองในระดับที่สูงกว่าทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ และศาลสหรัฐก็ยึดถือมาโดยตลอดว่าผู้ทรงสิทธิบัตรไม่มีหน้าที่ต้องอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิบัตรของตน (no duty to license) สิทธิในการกีดกันผู้อื่นจากการแสวงหาผลประโยชน์ในสิ่งประดิษฐ์ที่ได้รับสิทธิบัตรถือเป็นหัวใจของระบบสิทธิบัตร \*\*\*\* และกฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐในปัจจุบันก็บัญญัติ

\* *MCI Communications Corp. v. Am. Tel. & Tel. Co.*, 708 F.2d 1081, 1132–33 (7th Cir. 1983), cert. denied, 440 U.S. 971 (1983).

\*\* โปรดดูในบทที่ 1

\*\*\* โครงข่ายเสมือนที่มีสถานะเป็นทรัพย์สินทางปัญญาก็สามารถจัดเข้าเป็นโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นได้ แม้ว่าโดยหลักการโครงสร้างที่จำเป็นต้องมีเพียงหนึ่งเดียว (ซึ่งทำให้จำเป็นต้องอนุญาตให้คู่แข่งสามารถเข้าถึงโครงสร้างพื้นฐานที่มีเพียงหนึ่งเดียวนี้ได้) แต่โดยสภาพของทรัพย์สินทางปัญญาอย่างงานสร้างสรรค์หรือสิ่งประดิษฐ์นั้น สามารถทำซ้ำได้โดยง่ายจึงน่าจะไม่มีข้อจำกัดในการใช้งานพร้อมๆ กันอย่าง โครงสร้างที่เป็นรูปธรรม ด้วยเหตุผลที่ทรัพย์สินทางปัญญาจึงไม่น่าจะถือเป็นโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นได้ แต่เหตุผลที่ทำให้ทรัพย์สินทางปัญญามีเพียงหนึ่งเดียวก็คือ การได้รับความคุ้มครองในฐานะทรัพย์สินทางปัญญาทำให้ผู้อื่นไม่สามารถทำซ้ำงานสร้างสรรค์หรือสิ่งประดิษฐ์นั้น โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิและทำให้ทรัพย์สินทางปัญญามีเพียงหนึ่งเดียว

\*\*\*\* *Continental Paper Bag Co. v. Eastern Paper Bag Co.*, 210 U.S. 405, 429 (1908) และ *Dawson Chemical Co. v. Rohm & Haas Co.*, 448 U.S. 176, 215 (1980)



ไว้ชัดเจนว่า โดยทั่วไปแล้วการปฏิเสธการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตร(refusing to license) หรือการกำหนดเงื่อนไขในข้อตกลงไม่เป็นความผิด\* ศาลสหรัฐฯจึงได้ปฏิเสธการนำหลักนี้มาใช้เพื่อบังคับคู่ผูกขาดที่ครอบครองสิทธิบัตรต้องให้อนุญาตแก่คู่แข่งขันใช้สิทธิบัตรของตนเอง การกีดกันคู่แข่งขันออกไปจากเครือข่ายเสมือนที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาถือเป็นการใช้สิทธิตามปกติของผู้ทรงสิทธิที่สามารถกระทำได้และไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายต่อต้านการผูกขาด

กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นข้อยกเว้นซึ่งศาลสหรัฐฯได้นำการบังคับให้อนุญาตให้สิทธิบัตรมาใช้ เช่น เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายต่อต้านการผูกขาด (remedy for antitrust) ซึ่งศาลตัดสินว่าการกีดกันคู่แข่งขันของผู้ทรงสิทธิเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาด คือในคดี Kodak (1997)\*\* ข้อเท็จจริงในคดีนี้บริษัท Kodak ปฏิเสธการขายชิ้นส่วนอะไหล่ให้ศูนย์บริการอิสระที่ต้องการเปิดให้บริการซ่อมแซมเครื่องถ่ายภาพเอกสารที่ผลิตโดยบริษัท Kodak ซึ่ง Kodak ก็อ้างว่าตนมีสิทธิเด็ดขาดในการปฏิเสธการขายชิ้นส่วนที่เป็นสิทธิบัตรของตน (ซึ่งเป็นการอ้างสิทธิเด็ดขาดในการกีดกันผู้อื่นออกไปจากสิทธิบัตรของตนที่ศาลสหรัฐฯได้ยึดถือมาตลอด) แต่ศาลที่ตัดสินคดีนี้คือ the Ninth Circuit Court of Appeals มีความเห็นว่าข้ออ้างของบริษัท Kodak ที่เกี่ยวกับสิทธิบัตรนั้นเป็นเพียง “ข้ออ้าง” (pretextual) และเห็นด้วยกับข้อเท็จจริงที่ลูกขุนมีมติเห็นว่าการปฏิเสธการขายชิ้นส่วนอะไหล่ของบริษัท Kodak เป็นการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้มีอำนาจผูกขาดในธุรกิจให้บริการหลังการขายของอุปกรณ์ยี่ห้อ Kodak คำตัดสินในคดีนี้จึงมีผลเป็นการจำกัดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวตามสิทธิบัตรที่เคยมีอยู่อย่างกว้างขวางลงไป ด้วยข้อยกเว้นที่ว่าหากการใช้สิทธิเด็ดขาดเพื่อกีดกันผู้อื่นออกจากสิ่งประดิษฐ์นั้นเป็นเพียงข้ออ้างเพื่อปกปิดพฤติกรรมผูกขาดอย่างอื่น (ในคดีนี้คือการพยายามขยายการผูกขาดตามสิทธิบัตรออกไปยังตลาดข้างเคียงคือตลาดซ่อมบำรุง) การปฏิเสธค่าขอใช้สิทธิบัตรสามารถถือเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดได้ (ข้อยกเว้นนี้เรียกว่า “pretext exemption”) และแน่นอนว่าการตัดสินในลักษณะนี้ย่อมจะส่งผลกระทบต่อการได้รับผลตอบแทนจากการวิจัยและพัฒนา (R&D) ของผู้ประดิษฐ์ที่จะลดน้อยลงตามไปด้วย ซึ่งจะกระทบต่อแรงจูงใจที่กฎหมายสิทธิบัตรต้องการรักษาไว้

สำหรับเหตุผลทางกฎหมายที่ปรากฏในคำตัดสินคดีนี้ที่ว่า “ผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิปฏิเสธการอนุญาตให้สิทธิบัตรได้ หากทำไปด้วยเจตนาใช้สิทธิตามสิทธิบัตรที่มีเหตุผลชอบธรรม แต่ผู้ทรงสิทธิบัตรไม่สามารถปฏิเสธการอนุญาตให้สิทธิบัตรได้หากการปฏิเสธนั้นเป็นเพียงเพื่อให้ได้รับ

\* 35 U.S.C. § 271(d) (2002) (“No patent owner otherwise entitled to relief . . . shall be denied relief or deemed guilty of misuse or illegal extension of the patent right by reason of his having . . . refused to license or use any rights to the patent”).

\*\* *Image technical service, Ins vs. Eastman Kodak company*, 125 F. 3d 1195, 1201 (9<sup>th</sup> Cir. 1997)

ผลตอบแทนกลับคืนจากการลงทุนวิจัยพัฒนา หรือเพื่อเจตนาที่คัดค้านคู่แข่ง” ซึ่งมีนักวิชาการบางท่านวิจารณ์ว่าเป็นเหตุผลที่ศาลให้ในคดีดังกล่าว เป็นเหตุผลที่ไม่สมเหตุสมผลทางเศรษฐกิจและไม่สามารถนำไปปฏิบัติได้จริง เพราะผู้ประกอบการจำนวนมากขอรับความคุ้มครองจากกฎหมายสิทธิบัตรก็เพื่อให้ได้รับสิทธิเด็ดขาดที่จะคัดค้านคู่แข่ง ไม่ให้แสวงหาประโยชน์จากสิ่งประดิษฐ์ที่ตนคิดค้นขึ้น และเพื่อหวังจะได้รับผลตอบแทนที่คุ้มค่าจากการลงทุนวิจัยและพัฒนาลงไป

อย่างไรก็ตามคำพิพากษาในคดีหลัง คือ คดี *Independent Service Orgs. v. XEROX (2000)* ซึ่งมีข้อเท็จจริงคล้ายกับในคดี Kodak แต่ศาลในคดีหลังมีความเห็นว่า แม้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีได้สร้างสิทธิพิเศษในการฝ่าฝืนกฎหมายต่อต้านการผูกขาด แต่กฎหมายต่อต้านการผูกขาดก็มิได้ลบล้างสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรในการคัดค้านผู้อื่นออกไปจากทรัพย์สินทางปัญญาของตน ดังนั้นบริษัท Xerox จึงไม่มีหน้าที่ต้องขายหรือให้อนุญาตใช้ชิ้นส่วนที่ได้รับสิทธิบัตร และการปฏิเสธเช่นนั้น ไม่ถือเป็นความผิดต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาด ผู้ทรงสิทธิบัตรจึงมีสิทธิอย่างกว้างขวางที่จะปฏิเสธการให้อนุญาตใช้สิทธิบัตรของตนเองให้แก่คู่แข่ง โดยไม่ต้องคำนึงถึงผลที่จะเกิดตามมากับการแข่งขัน โดยศาลยังได้ระบุอีกว่า “โดยทั่วไปแล้วสิทธิบัตรนั้นได้ให้สิทธิในการคัดค้านการแข่งขันออกไปจากตลาดทั้งหลายที่ผูกขาด หากไม่ปรากฏพฤติกรรมอื่นๆ ที่ผิดกฎหมาย อย่างเช่น การกำหนดเงื่อนไขผูกมัด (tying) การหลอกลวง (fraud) หรือการแก่งแย่งฟ้องร้อง (sham litigation) ผู้ทรงสิทธิบัตรอาจใช้สิทธิบัตรเพื่อคัดค้านผู้อื่นออกจากการผลิต การใช้หรือการขายนวัตกรรมที่ถือสิทธิบัตรไว้โดยปราศจากความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายต่อต้านการผูกขาด” ผลของคดีนี้ได้แสดงถึงแนวการพิจารณาคดีของศาลสหรัฐฯ ที่กลับไปยึดถือแนวทางเดิมคือการปกป้องทรัพย์สินทางปัญญา (intellectual property protectionism) อีกครั้งหนึ่ง

ทั้งนี้มิได้หมายความว่าหลักโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นจะไม่ถูกนำมาใช้กับทรัพย์สินทางปัญญา ดังเห็นได้จากในคดี *Data General Corp. vs. Grumman Systems Support Corp., 36 F.3d 1147 (First Circuit, 1994)* ซึ่งเป็นอีกตัวอย่างหนึ่งของการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (ในคดีนี้คือลิขสิทธิ์) เพื่อคัดค้านผู้อื่นออกไปจากการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาโดยไม่ถือเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาด บริษัท Data General ถูกกล่าวหาว่ากระทำการรักษาอำนาจผูกขาดในตลาดบริการคอมพิวเตอร์ยี่ห้อของบริษัทด้วยการปฏิเสธการอนุญาตให้ใช้โปรแกรมตรวจสอบความผิดพลาด (diagnostic software) ให้แก่บริษัทคู่แข่งต่างๆ รวมถึงบริษัท Grumman ด้วย ศาลในคดีนี้คือ the First Circuit Court of Appeals ได้ตัดสินว่า “เมื่อการคัดค้านผู้อื่นตามสิทธิแต่เพียงผู้เดียวนั้นรวมถึงการปฏิเสธการอนุญาตให้ใช้สิทธิของผู้ผูกขาด ผู้ทรงสิทธิต้องการที่จะคัดค้านผู้อื่นออกไปจากการใช้ประโยชน์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ จึงถือได้ว่าเป็นเหตุผลอันชอบธรรมทางธุรกิจ” แม้ผลของคดีจะเป็นไปในแนวทางการปกป้องทรัพย์สินทางปัญญา (intellectual property protectionism) เช่นเดียวกับในคดีที่เป็นประเด็นเกี่ยวกับสิทธิบัตร แต่ศาลในคดีนี้ก็ได้แสดงออกอย่างชัดเจนว่า แม้หลัก “essential facility doctrine” จะไม่ถูกนำมาใช้เพื่อบังคับให้ใช้สิทธิบัตร

(เพราะมีกฎหมายสิทธิบัตรยกเว้นไว้<sup>28</sup>) แต่ในกรณีเจ้าของลิขสิทธิ์มิได้มีกฎหมายยกเว้นจากการถูกบังคับใช้สิทธิภายใต้หลักโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นนี้\*

สาเหตุที่โดยทั่วไปแล้วศาลในสหรัฐฯจะไม่เข้าไปแทรกแซงอำนาจผูกขาดที่เกิดจากทรัพย์สินทางปัญญาให้ถูกบังคับให้อนุญาตใช้สิทธิบัตรแก่คู่แข่งนั้น มาจากแนวความคิดในการให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้คิดค้นประดิษฐ์ที่มีทฤษฎีรองรับ 2 ประการ<sup>29</sup> คือ ทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ และทฤษฎีการให้รางวัล

- ทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ (Natural right theory)

ภายใต้ทฤษฎีนี้ การให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเกิดขึ้นจากความเชื่อพื้นฐานที่ว่า การให้ความคุ้มครองโดยรัฐเป็นการรับรู้ถึงสิทธิทางศีลธรรมที่เจ้าของงานมีอยู่เหนือผลงานทางปัญญาของตน เมื่อบุคคลใดได้สร้างงานหรือทำการประดิษฐ์คิดค้นสิ่งใดขึ้นมา ผลิตผลทางความคิดดังกล่าวก็ควรตกเป็นทรัพย์สินของบุคคลนั้น ตามทฤษฎีนี้ผลงานการสร้างสรรค์ทางปัญญาที่เข้าเกณฑ์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจึงมีสถานะภาพเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งของผู้ทรงสิทธิ การที่บุคคลใดนำเอาความคิดของผู้คิดค้นไปแสวงหาประโยชน์โดยไม่มีอำนาจจึงถือว่าเป็นการกระทำละเมิดอย่างร้ายแรง เทียบได้กับการลักทรัพย์ของผู้อื่น ดังนั้นการบังคับให้ผู้ทรงสิทธิต้องอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินทางปัญญาของตนโดยไม่เต็มใจ จึงถือเป็นรูปแบบหนึ่งของ "การริบทรัพย์" (confiscation of property) ซึ่งกระทบต่อระบบการรับรองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนที่สิทธิในทรัพย์สินถือว่าเป็นสิทธิที่สมบูรณ์และเด็ดขาดที่สุดในบรรดาสิทธิของเอกชนทั้งหลาย

- ทฤษฎีการให้รางวัล (Reward theory)

การให้สิทธิตามกฎหมายเปรียบเสมือนรางวัลที่รัฐได้ให้แก่ผู้ประดิษฐ์หรือผู้สร้างสรรค์ผลงานทางปัญญา เพื่อตอบแทนการที่บุคคลดังกล่าวได้คิดค้นผลงานทางปัญญาที่มีคุณค่า โดยให้สิทธิเด็ดขาดในการแสวงหาผลประโยชน์จากผลงานทางปัญญานั้น อันเป็นแรงกระตุ้นให้เอกชนพัฒนาเทคโนโลยีอย่างเต็มที่ ดังนั้น การบังคับให้ผู้ทรงสิทธิต้องอนุญาตให้ผู้อื่นซึ่งเป็นคู่แข่งใช้ทรัพย์สินทางปัญญาของตนอาจทำให้ผู้สร้างสรรค์ผลงานขาดกำลังใจในการพัฒนาต่อไป

<sup>28</sup> The patent misuse reform Act 1988

\* ผู้ประกอบการที่ถูกบังคับใช้ทรัพย์สินทางปัญญาตามหลักโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็น เช่น บริษัท Microsoft ซึ่งถูกสั่งให้เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการทำงานของระบบปฏิบัติการ Windows (API) ที่ผูกขาดให้แก่ นักพัฒนาโปรแกรมเพื่อให้สามารถแข่งขันกับ Microsoft ได้หลังจากที่ถูกตัดสินว่ามีพฤติกรรมอันเป็นการผูกขาดอื่น ๆ ร่วมด้วย

<sup>29</sup> จักรกฤษณ์ ควรพจน์, "สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์", สำนักพิมพ์นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2544 หน้า 26-30

- ความเหมาะสมของมาตรการบังคับใช้สิทธิบัตรกับอุตสาหกรรมแบบเครือข่าย

แม้ว่าแนวทางการพิจารณาของศาลสหรัฐฯ ที่มีต่อการใช้สิทธิเด็ดขาดเพื่อกีดกันคู่แข่งชั้นที่ศาลสหรัฐฯ เคยยึดถือมาตลอดว่าสามารถทำได้โดยไม่เป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาด จะเคยเปลี่ยนแปลงไปในคดี Kodak (1997) และกลับมายึดถือตามแนวทางเดิมในคดี Xerox (2000) ก็ล้วนเป็นกรณีที่เป็นมาตรฐานที่เกิดขึ้นมาจากการแข่งขันในตลาดจนกลายเป็นมาตรฐานในทางพฤตินัย (de facto standard) ซึ่งต้องอาศัยความอุตสาหกรรมและความเสี่ยงภัยกว่าจะได้รับความนิยมนำหลายจนถือเป็นโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นสำหรับการแข่งขันในตลาด ซึ่งมาตรการบังคับใช้สิทธิบัตรเพื่อให้ผู้อื่นสามารถเข้าถึงผลสำเร็จของความอุตสาหกรรมและการเสี่ยงภัยของตนก็อาจกระทบต่อ “แรงจูงใจ” ในการพัฒนาเทคโนโลยีขึ้นในอนาคต อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่าการผลของคดีดังกล่าวไม่สามารถใช้ชี้ชัดลงไปได้ว่าศาลสหรัฐฯ จะมีคำตัดสินเช่นไรต่อการใช้สิทธิบัตรเพื่อกีดกันคู่แข่งออกไปจากมาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้น (consensus standard) ในอุตสาหกรรมที่มีผลกระทบต่อเครือข่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง\* ทั้งนี้ Robert Pitofsky ซึ่งเป็นอดีต Chairman of Federal Trade Commission ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับมาตรการการเยียวยาความเสียหายโดยวิธีบังคับให้อนุญาตใช้ทรัพย์สินทางปัญญาไว้ว่า<sup>30</sup> การบังคับให้อนุญาตใช้ทรัพย์สินทางปัญญามีทั้งผลดีและผลเสียในตัวเอง การใช้มาตรการนี้จึงอาจเหมาะสมในบางสถานการณ์แต่ไม่ได้หมายความว่าสมควรใช้มาตรการนี้กับทุกสถานการณ์ที่เกิดกับอุตสาหกรรมแบบเครือข่าย เหตุผลสนับสนุนบางประการที่แสดงให้เห็นผลดีและผลเสียของมาตรการนี้ เช่น

ประการแรก การปฏิเสธวิธีบังคับให้อนุญาตใช้ทรัพย์สินทางปัญญาอาจก่อแรงกระตุ้นให้คู่แข่งหันมาสร้างเครือข่ายของตนเองขึ้นมาแข่งขันกับผู้ผูกขาด หรืออาจหันไปร่วมกับเครือข่ายขนาดเล็กอื่นๆ เพื่อร่วมกันแข่งขันกับผู้ผูกขาด ซึ่ง Robert Pitofsky มองว่าเป็นผลดีต่อการแข่งขันในตลาด แต่ก็มีข้อต้องคำนึงถึงคือ หากผู้ผูกขาดมีขนาดของเครือข่ายที่ใหญ่โตจนถึงจุดที่เรียกว่า "tipping point" อันจะนำไปสู่การผูกขาดโดยเครือข่ายเพียงแห่งเดียวที่ยากจะหลีกเลี่ยงได้ การปฏิเสธวิธีบังคับให้อนุญาตใช้สิทธิ สภาพของตลาดก็ไม่เปิดโอกาสให้มีการสร้างเครือข่ายทางเลือกหรือร่วมมือกันเพื่อแข่งขันกับเครือข่ายของผู้ผูกขาดได้

ประการที่สอง ผลกำไรที่ได้รับจากเครือข่ายที่ผูกขาดอาจอยู่ในระดับที่เป็นยุติธรรมสำหรับผู้ประกอบการพัฒนาเทคโนโลยีจนกระทั่งประสบความสำเร็จได้รับอำนาจเหนือตลาดมา ซึ่งผลกำไรที่จะ

---

\* โปรดดูแนวทางการบังคับใช้สิทธิบัตรในมาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้นของประเทศญี่ปุ่น ภายใต้คำแนะนำฉบับปี ค.ศ.2005 ซึ่งแสดงความชัดเจนในแนวทางการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิบัตรไว้ในบทเดียวกันนี้

<sup>30</sup> Robert Pitofsky, "Antitrust analysis in High-Tech industries: a 19th century discipline addresses 21st century problems", American Bar Association's workshop, Scottsdale, Arizona, February 25-26, 1999.



ได้รับนี้ยอมเป็นปัจจัยสำคัญที่ผู้ประกอบการต้องคำนึงถึงในขณะที่ทำการแข่งขันกันเพื่อให้ได้อำนาจเหนือตลาดและยังเป็นแรงกระตุ้นผู้พัฒนาเทคโนโลยีให้แข่งขันอย่างเต็มที่ที่สุดกำลังความสามารถ ดังนั้นในมุมมองนี้ การใช้วิธีบังคับให้อนุญาตใช้ทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการที่เข้าสู่ตลาดภายหลัง (late-comers) และผู้ใช้ที่ไม่จ่าย (free-riders)\* ได้เข้าร่วมเครือข่ายของผู้มีอำนาจเหนือตลาด จึงดูเหมือนเป็นการให้รางวัลแก่ผู้ประกอบการที่ไม่ค้ำคน (passive) และขาดความแข็งแกร่ง (less energetic) โดยกลับจะสร้างความเสียหายให้แก่ผู้ประกอบการที่เป็นผู้ริเริ่ม Robert Pitofsky จึงมีความเห็นว่า ในกรณีที่มีการใช้มาตรการบังคับให้อนุญาตใช้ทรัพย์สินทางปัญญา การกำหนดค่าตอบแทนการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาที่เรียกเก็บจากผู้ประกอบการที่มาทีหลังจึงสามารถรวมถึงเงินพิเศษ (premium) โดยคำนึงจากการที่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดต้องเสี่ยงภัยจนได้อำนาจเหนือตลาดมารวมเข้าไปด้วย

ส่วนข้อดีของการบังคับให้อนุญาตใช้ทรัพย์สินทางปัญญาคือ เป็นมาตรการที่อาจนำไปสู่ความร่วมมือรูปแบบต่างๆ และเกิดความยุติธรรมในการแข่งขันมากขึ้น แต่ปัญหาของมาตรการบังคับให้อนุญาตใช้ทรัพย์สินทางปัญญาคือ การบังคับใช้มาตรการนี้ด้วยตัวผู้ประกอบการที่ต้องการเข้าถึงเครือข่ายเอง (self-executing) แทบจะเป็นไปไม่ได้เลย ดังนั้นทั้งผู้บริหารกฎหมายต่อต้านการผูกขาด ผู้กำกับดูแลและศาลจึงต้องคอยตรวจตราการเข้าสู่เครือข่ายของผู้ผูกขาดอย่างต่อเนื่อง เพื่อให้แน่ใจว่าการเข้าถึงเครือข่ายนั้นจะไม่ถูกปฏิเสธอย่างไม่ยุติธรรมหรือโดยการเลือกปฏิบัติ ปัญหานี้จะลดความสำคัญลงหากเครือข่ายที่ผูกขาดนั้นถูกควบคุมโดยผู้ประกอบการที่เป็นกลุ่มหรือกิจการร่วมค้า (joint venture) เพราะในการจัดตั้งกลุ่มของผู้ประกอบการมักมีการเตรียมการรับมือกับปัญหาที่อาจเกิดขึ้นเหล่านี้ไว้แล้ว แต่หากเป็นเครือข่ายที่ผูกขาดโดยผู้ประกอบการเพียงรายเดียวแล้วจะทำให้กลายเป็นปัญหาที่ร้ายแรงในทันที

และประการสุดท้าย เหตุที่การบังคับให้อนุญาตใช้ทรัพย์สินทางปัญญาถือเป็นรูปแบบหนึ่งของ "การริบทรัพย์สิน" (confiscation of property) ซึ่งกระทบต่อระบบการรับรองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน\*\* จึงควรหลีกเลี่ยงการใช้มาตรการนี้ในพฤติการณ์ส่วนใหญ่ภายใต้ระบบกฎหมายใดๆ ที่เคารพต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิในทรัพย์สินอื่นๆ

\* Free Rider หรือ Free Riding เป็นบุคคลที่ได้รับผลประโยชน์จากสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่งโดยไม่ได้เสียเงินจ่ายค่าสินค้านั้น ตัวอย่างเช่น กรณีของสินค้าสาธารณะที่ทุกคนสามารถบริโภคได้ในปริมาณเดียวกัน และไม่มีใครกีดกันผู้อื่นในการได้รับผลประโยชน์จากสินค้าสาธารณะได้ ดังนั้นจึงไม่มีสิ่งจูงใจให้บุคคลจ่ายค่าสินค้าสาธารณะ

\*\* สาระสำคัญของระบบนี้คือ สิทธิในทรัพย์สินถือว่าเป็นสิทธิที่สมบูรณ์และเด็ดขาดที่สุดในบรรดาสิทธิของเอกชนทั้งหลาย

โดยสรุปคือ การที่ศาลสหรัฐฯ ยึดถือแนวทางการปกป้องทรัพย์สินทางปัญญาในระดับสูงเพื่อพยายามรักษาแรงจูงใจของผู้ประกอบการในการพัฒนานวัตกรรม ซึ่งจะทำให้มีข้อจำกัดในการเข้าถึงเครือข่ายของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด แต่ก็ไม่หมายความว่าศาลสหรัฐฯ จะยึดถือแนวทางนี้เพื่อนำมาใช้กับพฤติกรรมที่มีการกีดกันคู่แข่งออกจากมาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้น โดยไม่ถือเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาด

ดังนั้นเพื่อป้องกันปัญหาเช่นนี้เกิดขึ้นภายหลังจากมาตรฐานถูกกำหนดขึ้นแล้ว ในการกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้จึงถูกเพิ่มหลักการสำคัญอีกประการหนึ่ง นอกเหนือไปจาก Reasonable And Non-Discriminatory (RAND) ที่มีอยู่เดิมมาเป็นหลัก Fair Reasonable and Non-Discriminatory (FRND) ซึ่ง “Fair” ในที่นี้หมายถึงการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันได้เข้าสู่ตลาดได้อย่างอิสระโดยไม่ถูกปิดกั้นจากมาตรฐานนั่นเอง

การเปิดโอกาสให้ผู้อื่นสามารถเข้าถึงมาตรฐานได้โดยยุติธรรมนั้น นอกจากจะไม่ปฏิเสธคำขออนุญาตใช้สิทธิบัตร โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรอย่างชัดเจนแล้ว การไม่กำหนดเงื่อนไขที่สูงเกินควรจนเป็นเหตุให้ผู้ขออนุญาตใช้สิทธิไม่สามารถยอมรับได้ก็เป็นอีกประเด็นหนึ่งที่ต้องถูกตรวจสอบเพื่อไม่ให้ถูกใช้เพื่อการปฏิเสธการเข้าถึงมาตรฐานโดยอ้อม และเพื่อการจำกัดการแข่งขัน เช่น เงื่อนไขด้านค่าตอบแทน\* และการกำหนดเงื่อนไขที่สูงเกินควรกับผู้ประกอบการบางราย\*\* โดยจะขอกว่าถึงเงื่อนไขประการหนึ่งซึ่งมีผลกระทบต่อการแข่งขันและการพัฒนามาตรฐานเป็นพิเศษ\*\*\* นั่นคือ การกำหนดเงื่อนไขข้อตกลงถ่ายทอดกลับ ดังนี้

#### 3.1.2.6.4 ข้อตกลงถ่ายทอดกลับ (Grant-back agreement)

เนื่องจากผู้ได้รับอนุญาตใช้ทรัพย์สินทางปัญญา อาจทำการปรับปรุงพัฒนาเทคโนโลยีเพื่อแก้ไขจุดบกพร่องที่พบ หรือเพิ่มประสิทธิภาพให้สูงขึ้นได้ และอาจกลายเป็นคู่แข่งของผู้ให้อุญาตให้ใช้สิทธิได้ในอนาคต ผู้ให้อุญาตใช้สิทธิจึงอาจกำหนดข้อตกลงถ่ายทอดกลับขึ้นเพื่อบังคับให้ผู้ได้รับอนุญาตทำการโอนสิทธิ (assignment-back) หรืออนุญาตให้ใช้สิทธิ (license-back) ในเทคโนโลยีที่ปรับปรุงขึ้นนั้นให้แก่ตน ข้อตกลงถ่ายทอดกลับจึงอาจเป็นสาเหตุให้ผู้ได้รับอนุญาต

\* ซึ่งจะได้อ้างอิงต่อไปในหัวข้อราคาที่เหมาะสม (Reasonable)

\*\* ซึ่งจะได้อ้างอิงต่อไปในหัวข้อการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discriminatory)

\*\*\* และ โปรดดูข้อห้ามข้อตกลงถ่ายทอดกลับของประเทศไทยในกฎกระทรวงฉบับที่ 25 (พ.ศ.2542) ซึ่งออกตามพ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522 ในบทที่ 4

ขาดแรงจูงใจในการพัฒนาเทคโนโลยีให้สูงขึ้นและเป็นการขยายอำนาจการผูกขาดจากสิทธิบัตรของผู้ทรงสิทธิให้กว้างขวางออกไปครอบคลุมเทคโนโลยีที่ได้รับการปรับปรุงให้ดีขึ้นด้วย

แต่ข้อตกลงถ่ายเทกลับนี้ก็มิได้ถือเป็นความผิดตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายต่อต้านการผูกขาดเสมอไป ในสหรัฐฯศาลจะพิจารณาข้อตกลงถ่ายเทกลับโดยอาศัยหลักของเหตุและผล (rule of reason) ซึ่งจะพิจารณาโดยชั่งน้ำหนักของผลเสียจากข้อตกลงถ่ายเทกลับ เช่นว่าเทียบกับผลดีจากการทำข้อตกลงถ่ายเทกลับว่าอย่างไรมีมากกว่ากัน

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ตามแนวทางในการพิจารณาการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน (Patent pool) ของหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐฯนั้น การอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรผ่าน patent pool นั้นจำกัดเฉพาะสิทธิบัตรที่ “จำเป็น” ต่อการปฏิบัติตามมาตรฐาน การถ่ายเทกลับสิทธิบัตรที่ถูกปรับปรุงขึ้นให้แก่ patent pool นั้นจึงต้องจำกัดอยู่เฉพาะเป็นการปรับปรุงเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรฐาน (field of use) หากไม่ได้เป็นสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรฐาน จึงไม่สามารถกระทำได้ และเนื่องจากมาตรฐานนั้นก็ถูกกำหนดไว้ล่วงหน้าแล้วจากองค์กรกำหนดมาตรฐาน การถ่ายเทกลับสิทธิบัตรที่ได้รับการปรับปรุงภายหลังจากมาตรฐานถูกกำหนดขึ้นจึงน่าจะอ้างความจำเป็นในการใช้งานมาตรฐานเพื่อรวบรวมไว้ด้วยกันได้ยาก ข้ออ้างในการทำข้อตกลงถ่ายเทกลับลักษณะนี้จึงไม่น่าสามารถทำได้

แต่กรณีที่อาจใช้ข้อตกลงถ่ายเทกลับและส่งผลดีต่อการแข่งขันคือ องค์กรกำหนดมาตรฐานฯ อาจต้องการพัฒนาและปรับปรุงมาตรฐานให้มีประสิทธิภาพที่สูงขึ้นในอนาคต ดังนั้นเพื่อประโยชน์ในการพัฒนามาตรฐาน ผู้ให้อนุญาตใช้สิทธิบัตรอาจกำหนดข้อตกลงถ่ายเทกลับไว้เพื่อหากว่าผู้ได้รับอนุญาตใช้สิทธิทำการปรับปรุงเทคโนโลยีให้ดียิ่งขึ้น การถ่ายเทกลับให้เข้าสู่การกำหนดมาตรฐานย่อมช่วยให้มาตรฐานพัฒนาได้ดียิ่งขึ้นและเป็นประโยชน์แก่ผู้ประกอบการในองค์กรรวมทั้งผู้บริโภคที่ได้ใช้มาตรฐานที่ประสิทธิภาพสูงขึ้นด้วย อีกทั้งหากมีการพัฒนาเทคโนโลยีและนำไปใช้โดยอิสระ ปราศจากการกำหนดทิศทางจากองค์กรกำหนดมาตรฐาน อาจทำให้เกิดปัญหาในการใช้งานสินค้าที่ผลิตโดยใช้เทคโนโลยีตามมาตรฐานเดิมกับสินค้าที่ผลิตโดยเทคโนโลยีที่ถูกปรับปรุงไปจากที่กำหนดไว้ในมาตรฐาน\* และเป็นผลเสียต่อการใช้งานมาตรฐานในอนาคต ดังนั้น หากองค์กรกำหนดมาตรฐานพิจารณาเทคโนโลยีที่ได้รับการปรับปรุงจากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรแล้วเห็นว่าเหมาะแก่การนำมาใช้ในมาตรฐานต่อไป และได้รับการพิจารณาว่าเป็นสิทธิบัตรที่จำเป็นต่อการใช้มาตรฐานในอนาคต การบังคับให้อนสิทธิบัตรในเทคโนโลยีที่ได้รับการปรับปรุงเข้าสู่กระบวนการกำหนดมาตรฐานที่มีข้อกำหนดป้องกันการแสวงหาผลประโยชน์ที่มิชอบ เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่เทคโนโลยีที่ได้รับการปรับปรุงดังกล่าวได้รับความ

\* ตัวอย่างที่เกิดขึ้นในอดีต เช่น การปรับปรุงแก้ไขระบบปฏิบัติการ UNIX ของโปรแกรมเมอร์ต่างๆจนแตกสายออกเป็นระบบ UNIX ย่อยๆจำนวนมาก และไม่สามารถทำงานเข้ากันได้อย่างสมบูรณ์

นิยมจากตลาดจนกลายเป็นมาตรฐานใหม่ตามความเป็นจริง และผู้ทรงสิทธิบัตรในเทคโนโลยีที่ปรับปรุงแล้วนั้นใช้สิทธิพิเศษการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้เทคโนโลยีดังกล่าวได้โดยไม่เป็นความผิดต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาด การทำข้อตกลงถ่ายเทอดกลับในสิทธิบัตรที่จำเป็นเข้าสู่กระบวนการกำหนดมาตรฐานจึงน่าจะให้ผลดีต่อการแข่งขันได้มากกว่า

นอกจากนั้น ข้อตกลงถ่ายเทอดกลับในสิทธิบัตรที่จำเป็นจะให้ผลที่เป็นคุณต่อการแข่งขัน ควรจะเป็นข้อตกลงถ่ายเทอดกลับที่กำหนดให้อนุญาตใช้สิทธิแบบไม่เด็ดขาด\* (non-exclusive) และกำหนดค่าตอบแทนตามสมควร (reasonable) ให้แก่ผู้ปรับปรุงเทคโนโลยีเพื่อให้ผู้ปรับปรุงยังคงมีสิทธิอนุญาตให้ผู้อื่นใช้เทคโนโลยีที่ปรับปรุงแล้วได้อีกเป็นต้น รวมทั้งเพื่อให้เกิดความยุติธรรม เท่าเทียมกันระหว่างผู้ให้อนุญาตใช้สิทธิบัตรเดิมกับผู้ได้รับอนุญาตใช้สิทธิบัตรที่ทำการโอนสิทธิบัตรกลับนั้น เงื่อนไขในการโอนกลับ ควรใช้แบบเดียวกับที่ผู้ได้รับอนุญาตได้รับจาก patent pool เช่น ผู้ปรับปรุงก็ต้องได้รับค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสมควรแก่เหตุ (reasonable) เช่นเดียวกัน

### 3.1.2.6.5 ผลตอบแทนในระดับที่เหมาะสมและพอสมควร (Reasonable)

เนื่องจากสิทธิบัตรที่จำเป็นสำหรับมาตรฐานทำให้ผู้ทรงสิทธิอยู่ในฐานะผู้ผูกขาดซึ่งอาจขึ้นราคาค่าตอบแทนเอาจากผู้ขอใช้สิทธิบัตรได้ ดังนั้นเพื่อเป็นการควบคุมการกำหนดราคาตามใจชอบของผู้ทรงสิทธิบัตร หน่วยงานต่อต้านการผูกขาดจึงนำหลักความเหมาะสม (reasonable) มาใช้กับการกำหนดอัตราค่าตอบแทนการใช้สิทธิบัตรดังกล่าว โดยให้อยู่ในระดับที่เหมาะสมคือ ผู้ทรงสิทธิได้รับผลตอบแทนจากการลงทุนพัฒนาและวิจัยที่คุ้มค่า ขณะที่ผู้ขอใช้สิทธิบัตรก็ไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทนที่สูงจนเกินไปซึ่งจะทำให้ต้องผลัดภาระไปให้แก่ผู้บริโภคด้วยการขึ้นราคาสินค้า อย่างไรก็ตามปัญหาจากถ้อยคำ "reasonable" ที่ไม่เป็นรูปธรรม ดูเหมือนจะเป็นประเด็นที่ถูกผู้ประกอบการมาโต้แย้งมากที่สุด เพราะไม่สามารถกำหนดได้ว่าราคาที่เหมาะสมสำหรับสินค้าชิ้นหนึ่งจะต้องเป็นเท่าไร การกำหนดราคาที่เหมาะสมนั้นไม่สามารถระบุเจาะจงลงไปได้อย่างชัดเจนผู้ประกอบการจะทราบราคาค่าธรรมเนียมก็ต่อเมื่อมาตรฐานถูกจัดตั้งขึ้นแล้วเสร็จจึงจะมีการพิจารณาว่าราคาค่าธรรมเนียมสำหรับการขออนุญาตให้ใช้สิทธิควรจะเป็นเท่าใด\*\* ในเรื่องนี้ Scott

\* โปรดเปรียบเทียบกับข้อตกลงถ่ายเทอดกลับตามกฎหมายไทยในข้อ 4 (3) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 25 (พ.ศ.2542) ออกตามความในพ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522

\*\* กลุ่มจัดตั้งมาตรฐานส่วนใหญ่มักกำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญด้านเทคนิคซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเป็นผู้กำหนดราคาที่เหมาะสมสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิ



K. Peterson<sup>31</sup> จากบริษัท Hewlett-Packard ได้ให้ความเห็นไว้ว่า การนำเสนอเทคโนโลยีเข้าสู่การคัดเลือกในระหว่างการจัดตั้งมาตรฐาน โดยไม่มีการตกลงกับผู้ทรงสิทธิถึงอัตราค่าตอบแทนที่จะจัดเก็บภายหลังได้รับคัดเลือกเข้าสู่มาตรฐานนั้น ไม่เป็นธรรมแก่ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เพราะในที่สุดอัตราค่าตอบแทนที่ผู้ทรงสิทธิเรียกเก็บอาจไม่เป็น "ราคาที่เหมาะสม" สำหรับผู้ทรงสิทธิ ทั้งนี้เนื่องจากการนำเรื่องราคาตอบแทนมาเป็นประเด็นในขั้นตอนจัดตั้งมาตรฐานอาจถูกมองได้ว่าเป็นการตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคาขายให้เท่ากัน (price fixing)\* ซึ่งถือเป็นการกระทำที่มีความผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าโดยตนเอง (per se rule) ผู้ทรงสิทธิที่ไม่พอใจในอัตราค่าตอบแทนที่จะได้รับในบางกรณีต้องจำใจยอมรับเพราะถูกผูกพันตามข้อตกลงที่ให้ไว้ก่อนการจัดตั้งมาตรฐาน หรือหากไม่มีข้อตกลงเช่นนั้นก็จะทำให้เกิดปัญหา hold-up ขึ้นทำให้มาตรฐานไม่สามารถใช้งานได้ ยิ่งไปกว่านั้น ในบางกลุ่มจัดตั้งมาตรฐาน อย่างเช่น IEEE ยังมีข้อบังคับห้ามการนำเสนอข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (license terms) อย่างชัดเจนในขั้นตอนคัดเลือกมาตรฐานอีกด้วย ทั้งที่จริงแล้ว หากผู้ทรงสิทธิทราบล่วงหน้าถึงอัตราค่าตอบแทนและไม่พอใจกับจำนวนค่าตอบแทนนั้น ผู้ทรงสิทธิอาจจะตัดสินใจไม่ยื่นเสนอเข้าสู่การพิจารณาแต่แรก และสมาชิกอื่นในกลุ่มก็สามารถทราบล่วงหน้าถึงอัตราค่าตอบแทนที่ต้องจ่ายให้แก่ผู้ทรงสิทธิ หากเห็นว่าอัตราดังกล่าวสูงเกินควรก็อาจลงคะแนนเลือกเทคโนโลยีอื่นทดแทนได้ กล่าวคือเทคโนโลยีที่ "ดีที่สุด" ไม่จำเป็นต้องเป็นสิ่ง "เหมาะสมที่สุด" ก็ได้ อีกเหตุผลหนึ่งคือ ผู้ประกอบการมีแรงจูงใจที่จะเสนอเทคโนโลยีของตนให้เป็นส่วนหนึ่งในมาตรฐานที่ถูกจัดตั้งขึ้นก็เพราะต้องการหลีกเลี่ยงการเสี่ยงทำ "สงครามฟอร์แมท" ที่มีต้นทุนสูง ไม่นั่นเองและอาจใช้ระยะเวลาานาน แต่เมื่อใดที่แม้เทคโนโลยีของตนได้รับคัดเลือกเป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐาน แต่ไม่อาจสร้างผลตอบแทนที่น่าพึงพอใจกลับไปสู่ผู้คิดค้น เพราะราคาของเทคโนโลยีถูกกำหนดไว้ต่ำมากเกินไป ผู้ประกอบการนั้นอาจเลือกขอเสี่ยงในสงครามฟอร์แมทแทนก็เป็นได้

- ข้อกำหนดด้านราคา "reasonable" อาจกลายเป็นอุปสรรคต่อการออกแบบมาตรฐาน ปัญหาจากความเข้มงวดของหน่วยงานด้านต่อต้านการผูกขาดที่มีต่อการตกลงร่วมกันด้านราคาและจำนวนการผลิตนี้ยังเป็นข้อจำกัดต่อการออกแบบและตัดสินใจในการพัฒนามาตรฐานใน

<sup>31</sup> "Patents and Standard-Setting Processes" statement for FTC/DOJ hearings on Competition and Intellectual property Law and Policy in the knowledge-based economy, April 18, 2002

\* ในที่นี้ สินค้าก็คือตัวมาตรฐานที่ถูกจัดตั้งขึ้น การตกลงกันเรื่องค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิจึงเท่ากับเป็นการตกลงกันเรื่องราคาสินค้าในตลาดว่าจะเป็นการจำนวนเท่าใด

องค์กรเช่นเดียวกัน<sup>32</sup> เป้าหมายอย่างหนึ่งขององค์กรกำหนดมาตรฐานก็คือ การคัดเลือกเทคโนโลยีในมาตรฐานซึ่งมีประสิทธิภาพดีที่สุดในราคาที่ต่ำที่สุดเท่าที่จะสามารถทำได้ เพราะมาตรฐานก็เปรียบเสมือนสินค้าตัวหนึ่ง ที่ผู้ผลิตไม่สามารถคำนึงถึงเพียงด้านประสิทธิภาพที่จะได้รับเท่านั้น แต่ผู้ผลิตจะต้องหาจุดเหมาะสมระหว่างประสิทธิภาพที่ดีและราคาที่เหมาะสมไม่สูงจนเกินไปด้วย กระบวนการดังกล่าวนี้จึงไม่อาจอาศัยเพียงผู้เชี่ยวชาญให้ทำการออกแบบและคัดเลือกเทคโนโลยีออกมาเป็นมาตรฐานเท่านั้น แต่ผู้ออกแบบมาตรฐานจำเป็นต้องทราบถึงราคาของเทคโนโลยีที่นำมาใช้ไปด้วย หากมาตรฐานที่ออกแบบไว้ใช้เทคโนโลยีที่ทำให้มีราคาแพงจนเกินไปอาจต้องมีการเจรจากับผู้ทรงสิทธิในเทคโนโลยีนั้นเพื่อขอลดอัตราค่าตอบแทนลง หรือต้องกลับไปออกแบบมาตรฐานเสียใหม่เพื่อให้มีราคาถูกลงด้วยการเลือกใช้เทคโนโลยีอื่น ผู้ออกแบบมาตรฐานอาจต้องการสอบถามความเห็นไปยังบรรดาผู้ผลิตสินค้าที่จะผลิตภายใต้มาตรฐานนั้นถึงระดับราคาที่ยอมรับได้อีกด้วย กระบวนการเหล่านี้เป็นเรื่องปกติในการออกแบบและผลิตสินค้าและอาจเป็นผลดีต่อผู้บริโภคที่จะได้ใช้สินค้าที่มีความเหมาะสมทั้งในด้านประสิทธิภาพและราคา อย่างไรก็ตาม กระบวนการดังกล่าวนี้ไม่ถูกนำมาใช้ในการกำหนดมาตรฐาน โดยกลุ่มผู้ประกอบการ เพราะเสี่ยงต่อการถูกดำเนินคดีตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดนั่นเอง

- ข้อเสนอเพื่อแก้ไขปัญหาคำหนดราคาที่เหมาะสม (reasonable)

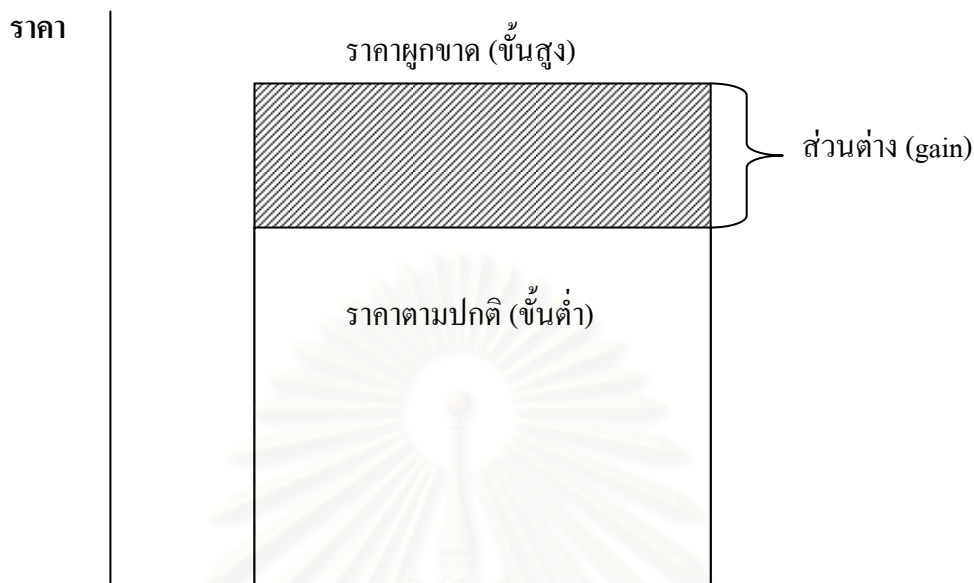
Scott K. Peterson มีความเห็นว่า การแก้ไขปัญหานี้สมควรอนุญาตให้มีการยื่นข้อเสนอเรื่องอัตราค่าตอบแทนตั้งแต่ในขั้นพิจารณาคัดเลือกมาตรฐาน และให้สมาชิกทั้งหมดในกลุ่มสามารถตั้งคำถามถึงผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเสียก่อนมีการลงมติคัดเลือกกว่าหากได้รับคัดเลือกแล้ว จะเรียกเก็บค่าตอบแทนอย่างไรเพื่อใช้ประกอบการคัดเลือกเทคโนโลยี อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นประเด็นที่เสี่ยงต่อการถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำเพื่อกำหนดราคาขายให้เท่ากัน (price fixing) ซึ่งถือเป็นการกระทำที่ถือเป็นความผิดโดยตนเอง (per se) ที่ร้ายแรงมากที่สุดประเภทหนึ่งตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐฯ (Socony-Vacuum: 1940)\* ในทางปฏิบัติจึงคงเป็นการยากที่องค์กรจัดตั้งมาตรฐานใดจะเลือกนำวิธีการนี้มาใช้

Richard T. Rapp และ Lauren J. Stiroh เสนอแนวทางในการกำหนดราคาที่เหมาะสม โดยพิจารณาจากส่วนต่างของค่าตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิในกรณีที่เทคโนโลยีนั้นได้รับเลือกเป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐาน (ซึ่งจะทำให้เทคโนโลยีมีมูลค่าสูงขึ้นจากความแพร่หลาย) เทียบกับ

<sup>32</sup> Robert C. Lind, "Report on multiparty licensing", Charles River Associates Ltd., 22 April 2003, หน้า 86-87.

\* *United States v. Socony-Vacuum oil Co., Inc (1940)* "ข้อตกลงร่วมกันกำหนดราคา (price fixing) เป็นความผิด โดยตนเอง (per se) ภายใต้ the Sherman Act"

กรณีที่ผู้ทรงสิทธิอาจได้รับหากมาตรฐานนั้นมิได้ถูกกำหนดขึ้นมา (ซึ่งเทคโนโลยีนั้นอาจมีมูลค่าเพียงเล็กน้อย) ดังรูป



โดยสามารถแบ่งแนวทางการกำหนดค่าตอบแทนการใช้สิทธิแก่ผู้ทรงสิทธิเป็น 3 ระดับได้แก่

- แนวทางการกำหนดค่าตอบแทนในระดับสูงสุดให้แก่ผู้ทรงสิทธิ: การกำหนดราคาขั้นสูงนี้จะทำให้ผู้ทรงสิทธิได้รับส่วนต่างของค่าตอบแทนที่เกินขึ้นมาทั้งหมด แนวทางนี้จะสร้างแรงจูงใจมหาศาลแก่ผู้ทรงสิทธิให้พัฒนาเทคโนโลยีขึ้นและเสนอตัวเพื่อให้ได้เป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐาน โดยเฉพาะกับเทคโนโลยีซึ่งมิได้เหนือกว่าคู่แข่งมากนักให้ผู้ทรงสิทธิตัดสินใจนำเทคโนโลยีของตนเข้าสู่การคัดเลือกมาตรฐานซึ่งจะได้รับผลตอบแทนที่คุ้มค่า แทนที่จะเสี่ยงกับการทำสงครามฟอรัมแพท อย่างไรก็ตาม เนื่องจากแนวทางนี้ส่วนต่างของค่าตอบแทนที่ได้รับจากการตั้งมาตรฐานทั้งหมดจะตกอยู่กับบรรดาผู้ทรงสิทธิ ราคาที่กำหนดเป็นขั้นสูงสุด ดังนั้นผู้บริโภคนเทคโนโลยีจึงมิได้รับประโยชน์ที่ดีกว่าการผูกขาดโดยพฤตินัย (de facto) หลังสงครามฟอรัมแพทแต่อย่างใด

- แนวทางการกำหนดค่าตอบแทนในระดับต่ำสุด: ผู้ทรงสิทธิจะมีได้รับผลตอบแทนที่เพิ่มขึ้นจากการนำเทคโนโลยีเข้าไปร่วมกับมาตรฐานที่กำหนดขึ้น (แต่ต้องไม่ต่ำกว่าราคาปกติ) ดังนั้นผู้ทรงสิทธิจึงอาจเลือกทำสงครามฟอรัมแพทซึ่งจะทำให้ผู้ชนะได้รับผลตอบแทนสูงสุด หลังจากได้พิจารณาโอกาสเป็นผู้ชนะในสงครามฟอรัมแพทและผลตอบแทนที่จะได้เพิ่มขึ้นแทนที่จะเข้าร่วมกับการกำหนดมาตรฐานแล้วได้รับผลตอบแทนที่ไม่ต่างไปจากเดิมก่อนได้รับเลือก ทั้งนี้ผู้ทรงสิทธิในเทคโนโลยีที่เหนือกว่าคู่แข่งมากย่อมมีโอกาสได้รับเลือกจากตลาดในการทำสงครามฟอรัมแพทจึงทำให้มีแรงจูงใจในการเลือกนำเทคโนโลยีเข้าสู่กระบวนการคัดเลือกมาตรฐานน้อยกว่าผู้ทรงสิทธิในเทคโนโลยีที่เหนือกว่าคู่แข่งเพียงเล็กน้อย

- แนวทางการกำหนดค่าตอบแทนโดยแบ่งผลตอบแทนที่เพิ่มขึ้นบางส่วนให้แก่ผู้ทรงสิทธิ เพื่อให้เกิดแรงจูงใจเข้าร่วมการจัดตั้งมาตรฐาน ในขณะที่ผู้บริโภคได้รับประโยชน์จากการจัดตั้งมาตรฐานไปพร้อมกัน อย่างไรก็ตาม การจูงใจผู้ทรงสิทธิด้วยค่าตอบแทนที่เพิ่มขึ้นบางส่วนนี้ย่อมแตกต่างกันไปตามคุณลักษณะของเทคโนโลยีที่มี กล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิในเทคโนโลยีที่เหนือกว่าคู่แข่งอย่างมีนัยสำคัญ ย่อมต้องการส่วนแบ่งของผลตอบแทนที่เพิ่มขึ้นเพื่อจูงใจให้เข้าร่วมกับมาตรฐาน ในจำนวนที่สูงกว่าผู้ทรงสิทธิในเทคโนโลยีที่ไม่แตกต่างจากคู่แข่งมากนัก

### 3.1.2.6.6 การไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discriminatory)

หลักข้อนี้มีขึ้นเพื่อมิให้ผู้ทรงสิทธิบัตรเลือกปฏิบัติต่อผู้ขอใช้สิทธิบัตรเพื่อการผลิตตามมาตรฐานซึ่งจะเป็นโอกาสให้ใช้การเลือกปฏิบัติเป็นเครื่องมือเพื่อกีดกันผู้ประกอบการบางราย ออกจากมาตรฐานด้วยการกำหนดเงื่อนไขในสัญญาที่เข้มงวดจนผู้ขอใช้สิทธิบัตรไม่สามารถยอมรับปฏิบัติตามได้ การนำหลักการไม่เลือกปฏิบัติมาใช้จะทำให้ผู้ทรงสิทธิต้องกำหนดเงื่อนไขในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรสำหรับทุกรายให้เหมือนกัน ดังนั้นหากผู้ทรงสิทธิบัตรต้องการกีดกันผู้ประกอบการบางรายไม่ให้เข้าสู่ตลาด ก็ต้องยอมเสียผู้ประกอบการรายอื่นๆ ไปพร้อมๆกัน อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดไม่เลือกปฏิบัตินี้จะมีประสิทธิภาพป้องกันปัญหาได้เพียงใด เพราะถึงแม้ผู้ทรงสิทธิกำหนดเงื่อนไขสำหรับผู้ประกอบการทุกรายไว้เท่าเทียมกัน แต่สถานะ(โดยเฉพาะทางการเงิน)ของผู้ประกอบการแต่ละรายก็ไม่เท่าเทียมกัน ผู้ประกอบการรายใหญ่อาจไม่มีผลกระทบกับเงื่อนไขตามสัญญา แต่กับผู้ประกอบการรายเล็กอาจไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขเดียวกันนั้นได้ เป็นต้น อีกทั้งการกำหนดราคาแบบเหมา (lump-sum payment) ก็อาจถูกพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ เพราะเท่ากับว่าผู้รับอนุญาตที่ผลิตในปริมาณมากสามารถจ่ายค่าตอบแทนต่อชิ้น (per-unit) ได้ต่ำกว่าผู้รับอนุญาตที่ผลิตในจำนวนน้อย\*

### 3.1.2.6.7 การกระจายอำนาจต่อรอง (negotiating power)

โดยทั่วไป ผู้ทรงสิทธิบัตรที่ไม่มีสิทธิบัตรอื่นทดแทนมักจะมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้ที่ต้องการขอใช้สิทธิบัตรนั้นเพราะไม่มีเทคโนโลยีที่เป็นทางเลือกอื่นอยู่ การรวบรวมสิทธิบัตรที่ไม่มีสิทธิบัตรอื่นทดแทนได้สำหรับการปฏิบัติตามมาตรฐานเข้าไว้ด้วยกันย่อมเป็นการรวบรวมอำนาจการต่อรองของฝ่ายผู้ทรงสิทธิบัตรให้มีมากขึ้น ดังนั้นหลักการที่ DVD patent pools นำมาใช้เพื่อลด

---

\* ยิ่งกว่านั้น การทำข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยวิธีเหมาจ่ายยังอาจถูกพิจารณาเป็นการพยายามผูกขาดเทคโนโลยี เพราะเมื่อผู้รับอนุญาตได้รับสิทธิไปโดยไม่จำกัดจำนวนแล้ว อาจไม่ต้องการจ่ายค่าตอบแทนซ้ำซ้อนเพื่อการใช้เทคโนโลยีตามมาตรฐานอื่น(ที่เป็นคู่แข่ง)อีก



ข้อกังวลของอำนาจต่อรองดังกล่าวซึ่งอาจจะทำให้กระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ ไม่เห็นด้วยกับการทำ DVD patent pools ประกอบไปด้วยสองส่วนคือ

- การกำหนดให้ผู้ทรงสิทธิโอนสิทธิบัตรให้แก่ผู้รวบรวมสิทธิบัตรแบบไม่เด็ดขาด (non-exclusive) เพื่อเป็นการให้ทางเลือกแก่ผู้ที่ต้องการเจรจาต่อรองกับผู้ทรงสิทธิภายนอก pool (outside licensing maintained) โดยไม่จำเป็นต้องยอมรับเงื่อนไขและค่าตอบแทนที่ถูกกำหนดใน patent pool ซึ่งไม่สามารถเจรจาต่อรองขอเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขได้อันเนื่องมาจากหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (non-discriminatory) ผู้ประกอบการที่ไม่พอใจเงื่อนไขของ patent pool ก็ยังสามารถเจรจาอนุญาตใช้สิทธิบัตรจากผู้ทรงสิทธิบัตรได้เป็นรายๆ ไป

- การแบ่งแยก DVD patent pool ออกเป็นสอง pool หลักๆ อันได้แก่ 3C ประกอบไปด้วย Sony Philips และ Pioneer ส่วนหนึ่งสำหรับการผลิต DVD-Video และ DVD-ROM ส่วน 6C ประกอบไปด้วย Hitachi Matsushita Time Warner Toshiba และ JVC อีกส่วนหนึ่งสำหรับการผลิต DVD player และ DVD decoder ซึ่งทั้งสอง pool นี้เป็นอิสระต่อกัน และยังมีผู้ทรงสิทธิบัตรซึ่งไม่เข้าร่วมกับ pool ใดคือ Thomson (บางครั้งจึงถูกเรียกว่า 1C) การแบ่งแยกออกเป็นสองส่วนใหญ่ (และอีกหนึ่งบริษัทที่ไม่ร่วมกับใคร) จึงเป็นการกระจายอำนาจต่อรองออกไปไม่ให้อุกรวมไว้ ณ ที่แห่งเดียวกันเป็นจำนวนมาก แม้ว่าการกระจายอำนาจต่อรองนี้จะไม่ได้รับการอ้างถึงอย่างเป็นทางการจากกระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ แต่นักวิชาการบางท่านก็มีความเห็นว่าการกระจายอำนาจต่อรองออกไปเช่นนี้เป็นผลดีต่อการพิจารณาของกระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ ในปี ค.ศ.1998 และ ค.ศ. 1999 ได้พอสมควร

### 3.1.3 บทสรุปแนวทางของสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐฯ สามารถถือได้ว่าเป็นรูปแบบของระเบียบควบคุมการผูกขาดที่เข้มงวดที่สุด ที่ประกาศใช้ในประเทศอุตสาหกรรมชั้นนำในระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้เพราะสหรัฐฯ ยึดถือแนวข้อบัญญัติห้ามและแนวโครงสร้าง (prohibitory and structural approach) ในการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาด กล่าวคือ ได้ยึดถือข้อสันนิษฐานทางกฎหมายเบื้องต้นว่า การรวมอำนาจทางเศรษฐกิจเป็นความผิดเด็ดขาด ดังนั้น แนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐฯ เกี่ยวกับการรวมตัวของหน่วยธุรกิจต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการรวมตัวกันของผู้ประกอบการเพื่อกำหนดมาตรฐาน หรือการรวมตัวกันของผู้ทรงสิทธิบัตรเพื่อรวบรวมสิทธิบัตรเข้าไว้ร่วมกันก็ตาม จึงต้องถูกตรวจสอบจากกฎหมายต่อต้านการผูกขาดอย่างเข้มงวด แม้ว่าศาลจะทราบดีถึงประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมตัวกันก็ตาม หากปรากฏพฤติกรรมที่มีผลกระทบเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่มีเหตุอันสมควร ศาลก็มักจะถือเป็นการผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดโดยอาศัยหลักความผิดโดยตนเอง (per se rule) และหลักของเหตุและผล (rule of reason) มาปรับใช้ดังนี้

ปรากฏในคดีซึ่งถูกพิจารณาว่าเป็นการรวมกันต่อต้าน (group boycott) และการจำกัดการแข่งขัน โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรตาม section 1 ของ the Sherman Act เช่น คดี *Radiant Burners, Inc., v. Peoples Gas Light & Coke Co. et al.* (1961) คดี *F.T.C. v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986) คดี *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.*, 486 U.S. 492 (1988) ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการรวมกันกำหนดมาตรฐานที่ถูกพิจารณาว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อการจำกัดการแข่งขัน ส่วนคดี เช่น คดี *Standard sanitary manufacturing Co. v. United States*, 220 U.S. 20 (1912) คดี *United States v. Motion Picture patents Co.*, 225 F.800 (E.D. pa. 1915) คดี *Standard Oil Co. (Ind) v. U.S.*, 283 U.S. 163, 174 (1931) และคดี *United States v. Line Material Co.*, 333 U.S. 287 (1948) ซึ่งล้วนแต่ถูกพิจารณาว่าเป็นการรวมตัวเพื่อใช้สิทธิในสิทธิบัตรโดยมิชอบทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม การนำหลักความผิดโดยตนเองเข้ามาปรับใช้กับกรณีการรวมตัวกันทั้งการกำหนดมาตรฐานและการรวมกันใช้สิทธิบัตรถูกโจมตีจากหลายฝ่ายด้วยเหตุผลว่าเป็นแนวทางการพิจารณาที่แข็งกระด้างและไม่เหมาะสมกับพฤติกรรมที่เปรียบเทียบเหมือนเหรียญที่มีสองด้าน การใช้หลักความผิดโดยตนเองจึงปิดกั้นศาลมิให้พิจารณาถึงผลในด้านดีของการรวมตัวต่างๆร่วมด้วย แม้ว่าหลังจากมีการออกกฎหมาย The National cooperative research Act ในปี ค.ศ.1984 จะทำให้การพิจารณาพฤติกรรมการรวมตัวเพื่อวิจัยและพัฒนาาร่วมกัน (ซึ่งรวมไปถึงการรวมกันกำหนดมาตรฐาน) ได้รับหลักประกันว่าจะถูกพิจารณาโดยอาศัยหลักของเหตุและผล แต่ก็มิได้เป็นการสร้างข้อยกเว้นสำหรับการรวมตัวกันของผู้ประกอบการเพื่อกำหนดมาตรฐานแต่อย่างใด เช่นเดียวกับในปี ค.ศ.1988 ที่มีการออกกฎหมาย the Patent misuse reform Act เพื่อเป็นหลักประกันว่าการใช้สิทธิบัตรภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายสิทธิบัตรจะไม่ถือเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาดแต่การรวมตัวเพื่อใช้สิทธิบัตรร่วมกันก็ยังคงถูกพิจารณาว่าเป็นการขยายขอบเขตอำนาจผูกขาดออกไปเกินจากขอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายสิทธิบัตรและฝ่าฝืนต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาดเช่นเดิม

จึงอาจกล่าวได้ว่า สถานการณ์ในช่วงดังกล่าวไม่เอื้ออำนวยต่อการรวมตัวกันของผู้ประกอบการหรือผู้ทรงสิทธิมากนัก แม้ว่าการรวมตัวกันนั้นจะมีเพื่อวัตถุประสงค์ที่เป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจก็ตาม เพราะความไม่แน่นอนของหลักเกณฑ์ที่ศาลจะใช้เพื่อพิจารณาตามหลักของเหตุและผลนั้น ไม่มีความชัดเจนเพียงพอที่จะสามารถบอกได้ว่าพฤติกรรมใดสามารถกระทำได้และพฤติกรรมใดที่ต้องห้ามตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาด หลังจาก หน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐจึงออกคำแนะนำสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในปี ค.ศ.1995 และคำแนะนำการร่วมมือระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันในปี ค.ศ.2000 การรวมตัวเพื่อใช้สิทธิบัตรร่วมกันและการกำหนดมาตรฐานจะถูกพิจารณาโดยหลักของเหตุและผลเว้นแต่ในบางพฤติกรรมที่จะเกี่ยวข้องโดยตรงกับการทำให้ราคาสินค้าสูงขึ้นหรือลดปริมาณการ

ผลิตซึ่งจะถูกพิจารณาตามหลักความผิดโดยตนเองเสมอ เช่น การร่วมกันกำหนดราคาขาย การจำกัดปริมาณการผลิตและการแบ่งปันตลาดระหว่างกัน เป็นต้น

โดยหลังจากมีคำแนะนำสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในปี ค.ศ.1995 แสดงให้เห็นแนวทางการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐที่ผ่อนปรนต่อการรวมตัวของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นประโยชน์เพื่อส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในตลาดปลายน้ำที่อาศัยเทคโนโลยีเป็นปัจจัยการผลิตผ่านการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยไม่ถือเป็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยมิชอบ (abuse of intellectual right) ดังจะเห็นได้จากการพิจารณาการรวมตัวเพื่อทำ patent pool สำหรับมาตรฐาน MPEG-2 ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อการนำเทคโนโลยีการบีบอัด MPEG-2 ไปใช้อย่างแพร่หลายและส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในตลาดสินค้าที่ใช้มาตรฐานเดียวกัน แม้ว่าภายใต้คำแนะนำฉบับปี ค.ศ.1995 แนวทางการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดจะยังคงมีทำที่หวาดระแวงต่อการรวมตัวในแนวนอนของผู้ทรงสิทธิที่เป็นคู่แข่งกัน แต่หลังจากนั้นไม่นาน ก็มีการรับรองการรวมตัวเพื่อทำ patent pool สำหรับมาตรฐาน DVD ทั้งสองแห่งที่เป็นการรวมตัวของผู้ทรงสิทธิบัตรที่เป็นคู่แข่งกันเกิดขึ้น ซึ่งแสดงถึงแนวทางในการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดที่ขยายการยอมรับออกไปสู่การรวมตัวในแนวนอนของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันด้วยเช่นกัน ด้วยทำที่ที่ผ่อนปรนมากขึ้นดังกล่าวในที่สุดจึงมีคำแนะนำที่กำหนดแนวทางการพิจารณาสำหรับการรวมตัวในแนวนอนของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันตามมาในปี ค.ศ.2000 ซึ่งเป็นหลักประกันว่าการรวมตัวกันของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันเพื่อกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาและส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันจะสามารถกระทำได้ตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐ

### 3.2 สหภาพยุโรป

#### 3.2.1 แนวคิดในการจัดตั้งตลาดร่วมสหภาพยุโรป

กลุ่มประเทศสหภาพยุโรปเป็นกลุ่มที่มีความก้าวหน้าในการรวมตัวกันทั้งในด้านเศรษฐกิจและการเมือง ได้ร่วมกันกำหนดนโยบายการแข่งขันทางการค้ากลางขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของสนธิสัญญากรุงโรม ค.ศ.1957 (Treaty of Rome) เพื่อส่งเสริมการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิก อันจะเป็นการส่งเสริมเป้าหมายของการรวมตัวทางเศรษฐกิจของกลุ่มที่จะนำไปสู่การจัดตั้งตลาดร่วมทางการค้าและสหภาพเศรษฐกิจและการเงิน กฎหมายป้องกันการผูกขาดกลางนี้จะมีข้อกำหนดเฉพาะในส่วนของการกีดกันหรือจำกัดการแข่งขันที่มีผลกระทบต่อประเทศสมาชิกอื่นๆ เช่น การรวมธุรกิจ หรือการตัดราคาเพื่อแย่งชิงตลาด เป็นต้น โดยกำหนดให้คณะกรรมการยุโรป (European Commission: EC) เป็นองค์กรทำหน้าที่บังคับการตามกฎหมาย

และนโยบายต่างๆของสหภาพยุโรป ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศก็ยังคงใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตนเองได้ แต่กฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ขัดกับกฎหมายกลางของกลุ่ม

### 3.2.2 สนธิสัญญากรุงโรม

สนธิสัญญากรุงโรมมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าโดยมีสาระสำคัญอยู่ที่ Article 81 และ 82 (เดิมคือ Article 85 และ 86) โดยมีได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า การกระทำในลักษณะใดจึงจะเป็นการมิชอบและเป็นความผิดในตัวเอง (per se) กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป จึงใช้การประเมินด้วยหลักของเหตุผล (rule of reason) เช่นเดียวกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ถึงแม้กฎหมายของสหภาพยุโรปจะยอมรับในความมีอยู่ของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา แต่ผู้ทรงสิทธิจะใช้สิทธิดังกล่าวได้มากนักน้อยเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับว่าการใช้สิทธินั้นก่อให้เกิดอุปสรรคหรือเป็นการกีดขวางการค้าเสรีในตลาดร่วมหรือไม่

#### Article 81<sup>\*</sup>

Article 81(1) ห้ามมิให้ทำความตกลงร่วมกันที่จะส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก โดยไม่ว่าจะมีวัตถุประสงค์หรือผลทำให้เกิดการขัดขวาง จำกัด หรือบิดเบือน การแข่งขันในตลาดร่วม (common market)

Article 81(2) บัญญัติให้ความตกลงร่วมกันที่ต้องห้ามตามกฎหมายดังกล่าวตกเป็น โฆษ

Article 81(3) ให้คณะกรรมการ EU สามารถให้การยกเว้นแก่ข้อห้ามตาม Article 81 (1) หากว่าการทำความตกลงร่วมกันเป็นไปตามเงื่อนไข อันได้แก่ เป็นความตกลงร่วมกันเพื่อการสนับสนุนทางเทคนิคหรือทางการเงิน, มีความจำเป็นอันมีอาจหลีกเลี่ยงได้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้น, เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค และมีได้เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยเด็ดขาดสมบูรณ์

Article 82<sup>\*\*</sup> ห้ามมิให้ผู้มีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจเหนือตลาดในทางอันมิชอบ (abuse of dominant position) ในส่วนสำคัญของตลาดร่วม

#### 3.2.2.1 การร่วมกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อ โดยผู้ประกอบการ

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมิได้มีขึ้นเพื่อสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันขึ้นในตลาดเป็นจุดประสงค์หลักดังเช่นกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา แต่มีขึ้นเพื่อสนับสนุนให้เกิดผู้ประกอบการในระดับของสหภาพยุโรป เพราะเชื่อว่าสหภาพยุโรปต้องการผู้ประกอบการขนาดใหญ่ซึ่งมีการประหยัดต่อขนาด ที่จะสามารถแข่งขันได้อย่างมีประสิทธิภาพในตลาดโลกโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับผู้ประกอบการจากสหรัฐอเมริกา ดังนั้น สหภาพยุโรปจึงมี

\* Article 81 นี้เทียบเคียงได้กับ Section 1 ของ The Sherman Act

\*\* Article 82 นี้เทียบเคียงได้กับ Section 2 ของ The Sherman Act



ข้อกำหนดที่ส่งเสริมเป้าหมายดังกล่าว เช่น การอนุญาตให้มีการควบรวมบริษัทข้ามประเทศ (cross-frontier amalgamation) การสนับสนุนให้บริหารบริษัทขนาดใหญ่ภายใต้ Europe-wide basis เป็นต้น

Article 81 บัญญัติข้อห้ามการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันไว้อย่างกว้างขวาง และใน Article 81 (3) ได้ยกเว้นการตกลงร่วมกันที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์ผู้บริโภคและไม่ได้เป็นผลเสียต่อการแข่งขันมากเกินไป ประกอบกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมีความแตกต่างกับกฎหมายการแข่งขันของสหรัฐอเมริกาในสาระสำคัญคือ การมีอำนาจเหนือตลาดมิได้เป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปแต่การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบจึงจะถือเป็นความผิดตามที่บัญญัติไว้ใน Article 82 ซึ่งต้องปรากฏว่าผู้ประกอบการนั้นมีอำนาจผูกขาดเสียก่อน ข้อยกเว้นตาม Article 81 (3) และแนวทางการควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตาม Article 82 ทำให้ตามกฎหมายการแข่งขันของสหภาพยุโรป การตกลงร่วมกันจำกัดทางการค้าจะไม่เป็นความผิดในตัวเอง (per se) แต่ต้องพิจารณาตามหลักเหตุและผล (rule of reason) เป็นแต่ละกรณีไป โดยคณะกรรมการสหภาพยุโรปจะไม่ถือว่าพฤติกรรมต่อไปนี้เป็น การฝ่าฝืน Article 81 และ 82 คือ การแลกเปลี่ยนความเห็นและประสบการณ์ระหว่างผู้ประกอบการ การเก็บสถิติการค้าและการตลาดร่วมกัน การร่วมมือเตรียมการบัญชีและภาษี และการทำวิจัยและพัฒนา ร่วมกัน เป็นต้น ดังนั้นการร่วมกันกำหนดมาตรฐานของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันโดยทั่วไปจึงน่าจะถือเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันของสหภาพยุโรป เว้นแต่มีพฤติกรรมบางอย่างของผู้ประกอบการที่เป็น การกีดกันคู่แข่งที่มีอยู่หรือในอนาคตออกไปจากตลาด อย่างเช่นการรวมหัวกันเพื่อใช้มาตรฐานกีดกันผู้ประกอบการนอกกลุ่มให้ออกไปจากตลาด การร่วมกันไม่ทำการค้าด้วย (group boycott) จึงน่าจะถือเป็นความผิดตาม Article 81 เพื่อเป็นการรับประกันได้ว่ากระบวนการกำหนดมาตรฐานโดยกลุ่มผู้ประกอบการจะเป็นไปโดยยุติธรรมต่อผู้ประกอบการทุกฝ่ายและเป็นประโยชน์ต่อการแข่งขัน การพัฒนาเทคโนโลยีและผู้บริโภคอย่างแท้จริง

สำหรับพฤติกรรมการบิดเบือนกระบวนการกำหนดมาตรฐานอย่างเช่น ปกปิดซ่อนเร้นสิทธิบัตรที่ในระหว่างการกำหนดมาตรฐาน ไม่ว่าจะกระทำไปโดยเจตนาหรือเป็นไปเพราะความผิดพลาดในการตรวจสอบความมีอยู่ของสิทธิเช่นเกิดขึ้นในสหรัฐ คดี *Dell (1996)* ซึ่งในสหภาพยุโรปการมีอำนาจเหนือตลาดไม่ถือเป็นความผิด จึงไม่มีกฎหมายในระดับประชาคมยุโรปเกี่ยวกับ

---

\* ทั้งนี้เป็นเพราะกฎหมายการแข่งขันของสหภาพยุโรปใช้หลักการแบบควบคุมพฤติกรรม (conduct control) ซึ่ง ไม่ห้ามการมีอำนาจเหนือตลาดเพราะเชื่อว่าการที่ผู้ประกอบการมีขนาดใหญ่เป็นประโยชน์ในการดำเนินธุรกิจการค้าแต่เมื่อใดที่มีอำนาจเหนือตลาดแล้วผู้ประกอบการนั้นไม่ว่าจะสามารถใช้อำนาจที่มีกระทำการเชิงใดก็ได้ตามอำเภอใจ

การกระทำการผูกขาดหรือพยายามผูกขาดอย่างใน section 2 ของ the Sherman Act และไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับพฤติกรรมการค้าโดยไม่เป็นธรรม (unfair trading rules) ในลักษณะเดียวกันกับที่ FTC ของสหรัฐใช้ในคดี *Dell (1996)* ในสหรัฐอเมริกาอีกด้วย\* ดังนั้น หากในขณะที่ผู้ประกอบการกระทำการปกปิดสิทธิบัตรที่จำเป็นสำหรับการปฏิบัติตามมาตรฐานนั้นผู้ประกอบการมิได้มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด (แม้ต่อมาในเวลาต่อมาผู้ประกอบการรายดังกล่าวจะเกิดมีอำนาจเหนือตลาดขึ้นก็ตาม) การปกปิดสิทธิบัตรเช่นนี้ก็จะอยู่นอกเหนือการควบคุมของ Article 82 แต่หากว่ามาตรฐานที่ถูกจัดตั้งขึ้นแพร่หลายในตลาด ผู้ทรงสิทธิบัตรที่จำเป็นในการปฏิบัติตามมาตรฐานอาจจะถูกพิจารณาว่าเป็น "ผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วม" (jointly dominant) ร่วมกับผู้ทรงสิทธิบัตรที่จำเป็นคนอื่นๆ หรืออาจจะถูกถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดโดยลำพังก็ได้เช่นกัน การออกมาอ้างสิทธิในสิทธิบัตรที่ถูกปกปิดในภายหลังที่มาตรฐานถูกจัดตั้งขึ้นแล้วนั้นอาจจะถูกปฏิเสธและอาจถูกบังคับให้อนุญาตใช้สิทธิบัตรแก่ผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งรายอื่น เพื่อให้ผู้ประกอบการเหล่านั้นสามารถเข้าถึงมาตรฐานที่แพร่หลายและสามารถแข่งขันได้ ในสหภาพยุโรป แม้ว่าผู้ประกอบการที่ผูกขาดจะมีสิทธิตามกฎหมายในการปฏิเสธการอนุญาตให้คู่แข่งใช้สิทธิบัตร (ซึ่งถือเป็นทรัพย์สินของผู้ประกอบการ) ได้ แต่การเรียกค่าตอบแทนที่สูงเกินควร การกำหนดเงื่อนไขในข้อตกลงอนุญาตใช้สิทธิที่ไม่เป็นธรรม การเลือกปฏิบัติแก่ผู้ขอใช้สิทธิบัตรไม่เท่าเทียมกันหรือแม้แต่การปฏิเสธการให้อนุญาตใช้สิทธิ อาจถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตาม Article 82

### 3.2.2.2 หลักโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นในกฎหมายการแข่งขันของสหภาพยุโรป

แม้ว่าตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาย่อมมีสิทธิได้รับรางวัลเป็นค่าตอบแทนจากการสร้างสรรค์ทรัพย์สินทางปัญญาของตนและมีสิทธิเด็ดขาดที่จะกีดกันผู้อื่นออกไปจากผลงานที่ได้รับควบคุมครองของตนเองได้ก็ตาม ในสหภาพยุโรปก็มีการนำหลักโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นมาใช้กับทรัพย์สินทางปัญญาที่จำเป็นสำหรับการแข่งขัน ดังนี้

หลักโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็น (essential facility doctrine) ได้ถูกนำมาใช้กับกฎหมายการแข่งขันในสหภาพยุโรปตั้งแต่ในช่วงกลางของทศวรรษ 1980 เพื่อจำกัดการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายใหญ่ที่มีอำนาจควบคุมโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นสำหรับการแข่งขันลง (abuse of dominant) โดยเริ่มนำมาใช้กับเครือข่ายที่เป็นรูปธรรมก่อน (real network) คดีแรกที่นำเอาหลักการนี้มาใช้ในสหภาพยุโรปคือ คดี *British telecommunications (1982)* ซึ่งตัดสินบังคับให้บริษัท British telecom ซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่ผูกขาดกิจการ โทรคมนาคมในประเทศอังกฤษ

\* Section 5 ของ FTC Act บัญญัติห้ามการกระทำที่ไม่เป็นธรรมหรือเป็นการล่อลวงให้เข้าใจผิดอันจะส่งผลกระทบต่อการค้า

ต้องยินยอมให้ผู้ประกอบการรายอื่นที่ต้องอาศัยโครงข่ายโทรคมนาคมได้เข้าใช้โครงข่ายของตน แต่ศาลยุโรปเริ่มนำคำว่า “โครงข่ายพื้นฐานที่จำเป็น” (essential facility) มาใช้อย่างชัดเจนในการตัดสินคดี ในคดี *B&I Line/Stena sealink (1992)* ซึ่งตัดสินว่าการที่ผู้ประกอบการเรือโดยสารข้ามฝาก (ferry) ที่มีอำนาจเหนือตลาด ปฏิเสธคำขอของกลุ่มแข่งขันมิให้ใช้ท่าเรือของตนเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (abuse of dominant) อันเป็นการฝ่าฝืน Article 82 ของสนธิสัญญากรุงโรม

หลักโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นในกฎหมายการแข่งขันของสหภาพยุโรปไม่ได้ถูกจำกัดอยู่แค่เพียงโครงข่ายที่เป็นรูปธรรมเท่านั้น แต่ยังถูกนำมาใช้กับโครงข่ายเสมือน (virtual network) ในหลายคดีเช่น การบังคับให้เปิดเผยข้อมูลในคดี *IBM (1984)* และข้อมูลรายการโทรศัพท์ที่มีลิขสิทธิ์ในคดี *Magill (1995)* เพื่อให้ผู้ประกอบการรายอื่นไม่ถูกกีดกันออกไปจากตลาดและสามารถเข้าถึงโครงข่ายพื้นฐานที่จำเป็นเพื่อให้สามารถแข่งขันอยู่ในตลาดได้ โดยศาลยุโรปได้ถือหลักว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นไม่ใช่สิ่งพิเศษที่ไม่สามารถถูกกระทบได้ ซึ่งในคดี *Margill (1995)* ได้ยืนยันหลักที่ว่า เพียงการปฏิเสธการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ก็อาจถือเป็น “พฤติการณ์พิเศษ” (exceptional circumstances) ที่เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตาม Article 82 ได้แล้ว

- คดี *NDC/IMS (2004)*

บริษัท IMS เป็นบริษัทที่เก็บข้อมูลสถิติในการจำหน่ายยาตามที่แพทย์สั่งในโรงพยาบาลและการจำหน่ายยาร้านขายยาในแต่ละพื้นที่ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างมากในการกำหนดกลยุทธ์การตลาดของผู้ผลิตและผู้จำหน่ายแต่ละประเภท โดยบริษัท IMS ได้แบ่งพื้นที่เพื่อวิเคราะห์สถิติออกเป็นส่วนๆ (blocks) ตามเขต ภูมิภาค จังหวัด และการกระจุกตัวของชุมชน เป็นต้น ทั้งนี้วิธีการแบ่งพื้นที่ดังกล่าวได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ต่อมาบริษัทอีก 2 รายที่ต้องการเข้ามาแข่งขันในการให้บริการข้อมูลสถิติการใช้ยาในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน โดยมีรายละเอียดการวิเคราะห์ข้อมูลที่แตกต่างกันไปบ้างเล็กน้อย แต่ความพยายามดังกล่าวไม่ประสบความสำเร็จเนื่องจากลูกค้าต้องการที่จะให้ข้อมูลที่บริษัทใหม่ 2 รายนี้เสนออยู่บนพื้นฐานของการแบ่งเขตพื้นที่รวบรวมข้อมูลตามที่บริษัท IMS ได้ทำไว้ก่อนหน้าเพื่อให้ข้อมูลทั้งสามรายสอดคล้องและสามารถนำมาเปรียบเทียบกันได้ แต่เมื่อบริษัทรายใหม่ทั้งสองรายขอใช้การจัดทำ blocks ซึ่งบริษัท IMS ได้รับลิขสิทธิ์อยู่ ปรากฏว่าบริษัท IMS ปฏิเสธที่จะอนุญาตให้ใช้วิธีการจัดทำ blocks ดังกล่าวแก่บริษัททั้งสองราย (ซึ่งเป็นคู่แข่งกับบริษัท IMS) บริษัท NDC ซึ่งเป็นหนึ่งในบริษัทรายใหม่ที่ถูกปฏิเสธจึงนำคดีฟ้องสู่ศาลยุโรป ในที่สุดศาลยุโรปก็มีคำตัดสินบังคับให้บริษัท IMS ต้องยินยอมให้บริษัททั้งสองรายใช้วิธีการจัดทำ blocks เพราะการแบ่งพื้นที่ตามวิธีของ IMS มีการใช้อย่างแพร่หลาย จนมีสถานะเป็นมาตรฐานตามพหุคูณ หากปราศจากการเข้าถึงวิธีการจัดทำ blocks ดังกล่าว บริษัท NDC และคู่แข่งรายอื่นจะไม่สามารถแข่งขันกับบริษัท IMS ได้ การปฏิเสธการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ในกรณีนี้จึงเป็นการปฏิเสธการเข้าถึงโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็น (essential facility) ในการ

แข่งขันให้บริการข้อมูลสถิติในการขายยา และเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตาม Article 82 และมีคำสั่งบังคับใช้สิทธิบัตรของบริษัท IMS ในวิธีการจัดทำ blocks ให้แก่ผู้ประกอบการรายอื่น โดยต้องเสียค่าตอบแทนที่เหมาะสม

จึงจะเห็นได้จากคำตัดสินในคดี *NDC/IMS (2004)* นี้ถือว่ามี “พฤติการณ์พิเศษ” (exceptional circumstances) ที่จากการครอบครองโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็น และลำพังการปฏิเสธค่าขออนุญาตใช้ทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นก็เพียงพอที่จะถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตาม Article 82 ได้แล้ว\* ดังนั้น ในสหภาพยุโรปแม้จะมีการปกปิดสิทธิบัตรในกระบวนการกำหนดมาตรฐานจนสามารถมีอำนาจเหนือตลาดโดยอาศัยมาตรฐานที่กำหนดขึ้น อาจจะไม่ถือเป็นความผิดต่อการแข่งขันในสหภาพยุโรป แต่ผู้ทรงสิทธิบัตรก็ไม่อาจปฏิเสธการใช้สิทธิบัตรที่จำเป็นสำหรับมาตรฐานที่แพร่หลาย รวมถึงการกำหนดค่าตอบแทนที่สูงเกินควรหรือการกำหนดเงื่อนไขที่เป็นการจำกัดการแข่งขันอื่นๆ ได้ เพราะจะถูกควบคุมมิให้ใช้อำนาจเหนือตลาดไปโดยมิชอบตาม Article 82 อย่างไรก็ตาม มาตรการควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบจะมีผลให้ลดแรงจูงใจของผู้ประกอบการในการปกปิดสิทธิบัตรลงไปได้เพียงระดับหนึ่งเพราะถึงจะถูกบังคับใช้สิทธิบัตรหรือถูกควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดในรูปแบบอื่นๆ ผู้ทรงสิทธิบัตรก็จะได้ยังได้รับค่าตอบแทนการใช้สิทธิบัตรที่จำเป็นสำหรับมาตรฐานที่แพร่หลายนั้นตามสมควร จึงอาจเป็นไปได้ว่าผู้ทรงสิทธิบัตรจะยังคงมีแรงจูงใจปกปิดสิทธิบัตรเพื่อให้ได้เป็นสิทธิบัตรที่ใช้ในมาตรฐานที่แพร่หลายก็เป็นได้

### 3.2.2.3 การทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน (patent pool)

ในสหภาพยุโรป แม้คดีตัวอย่างเกี่ยวกับการใช้สิทธิบัตรร่วมกันใน EU จะยังมีไม่มากนัก แต่ก็แสดงให้เห็นชัดเจนว่าสหภาพยุโรปได้ตระหนักถึงผลของการรวมตัวของผู้ทรงสิทธิบัตรที่สามารถจำกัดการแข่งขันในตลาดโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ดังนี้

- ปี ค.ศ.1987 ข้อตกลงการใช้สิทธิบัตรร่วมกันในคดี *Philip VCR, OJ No L47, 18.1.1978*. ถูกพิจารณาว่าเป็นพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดผลในทางลบต่อการแข่งขันทางการค้าในตลาด ข้อเท็จจริงในคดีนี้ Philips และ Sony ได้ทำข้อตกลงกับบรรดาผู้ผลิตเครื่อง VCR รายอื่นๆ "บนมาตรฐานทาง

---

\* โปรดสังเกตข้อเปรียบเทียบกับแนวทางการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐในคดี *Xerox (2000)* และ *Kodak (1997)* ในบทเดียวกันนี้ กล่าวคือ หากอาศัยแนวทางที่ศาลสหรัฐใช้ในคดี *Xerox (2000)* ลำพังเพียงแค่ IMS เป็นเจ้าของโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นปฏิเสธค่าขออนุญาตของ NDC โดยไม่มีพฤติการณ์จำกัดการแข่งขันอื่นๆ จะไม่ถือเป็นความผิดตาม the Sherman Act แต่หากอาศัยแนวทางในคดี *Kodak (1997)* ศาลอาจพิจารณาว่าการที่ IMS ปฏิเสธค่าขออนุญาตของ NDC เป็นเพียงข้ออ้าง (pretext) เพื่อกีดกัน NDC ออกจากตลาด



เทคนิคที่เป็นอย่างเดียวกันสำหรับระบบ VCR\* โดยเป็นข้อตกลงการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรของ Sony และ Philips โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน (royalty-free) เพื่อให้มั่นใจถึงความเข้ากันได้ระหว่าง ตลับเทปกับเครื่องบันทึกที่ผลิตจากบริษัทอื่นๆ อย่างไรก็ตาม ประเด็นในคดีนี้คือ การกำหนด เงื่อนไขในข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรที่จำกัดเฉพาะสำหรับเครื่องที่ใช้ระบบของบริษัท Philips เท่านั้น และยังกำหนดเงื่อนไขห้ามทำการแก้ไขปรับปรุงระบบเว้นแต่จะได้รับความยินยอม จากทุกฝ่ายเสียก่อน ซึ่งคณะกรรมการมีความเห็นว่าเป็นการสร้างข้อจำกัดที่ไม่มีเหตุผลอัน สมควรและส่งผลเสียต่อการแข่งขันมากเกินไปจึงได้ปฏิเสธคำขอยกเว้น (exemption) ตาม Article 81 (3)\*\* โดยให้เหตุผลในคำตัดสินไว้ว่า “การยินยอมยกเว้นให้ตามเงื่อนไขของมาตรฐาน VCR จะ นำไปสู่การกีดกันระบบอื่นๆ(ที่อาจเป็นระบบที่ดีกว่า) และการกีดกันเช่นนั้นเท่ากับได้มอบอำนาจ เหนือตลาดที่เป็นประโยชน์ให้แก่บริษัท Philips โดยเฉพาะ” และ “ข้อจำกัดที่นำมาบังคับแก่ คู่สัญญานั้น ไม่มีความจำเป็นต่อการพัฒนา เพราะความเข้ากันได้ระหว่างตลับเทปวีดีโอกับเครื่อง วีดีโอที่ผลิตจากผู้ผลิตรายอื่นนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ถึงแม้ว่าข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรจะมี เงื่อนไขข้อจำกัดที่น้อยกว่าที่ปรากฏตามเงื่อนไขตามมาตรฐาน VCR เพื่อการผลิตอุปกรณ์ VCR ก็ ตามที่” นั่นคือ คณะกรรมการพิจารณาเห็นว่า การรวมตัวเพื่อใช้สิทธิบัตรร่วมกัน (Patent pool) ตามมาตรฐานระบบ VCR ของ Sony และ Philips ซึ่งมีเงื่อนไขจำกัดสิทธิของผู้อนุญาตเช่นนี้เป็น พฤติกรรมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันที่มีชอบด้วยกฎหมายตาม Article 81 (1)\*\*\* เพราะมีผลเป็น การกีดกันคู่แข่งทางการค้าอื่น โดยไม่มีความจำเป็นตามที่ Philips อ้างถึงความจำเป็นของความ เข้ากันได้ระหว่างตลับเทปกับเครื่องเล่น เพราะศาลพิจารณาเห็นว่าเงื่อนไขที่จำกัดสิทธิของผู้รับ อนุญาตตามที่ Philips อ้างนั้นไม่มีความจำเป็น แต่ก็ได้วางหลักว่าการรวมตัวเพื่อใช้สิทธิบัตร ร่วมกันจะเป็นสิ่งต้องห้ามในทุกกรณีหรือไม่\*\*\*\* ความชอบด้วยกฎหมายของการทำข้อตกลงใช้ สิทธิบัตรร่วมกันในสหภาพยุโรปในช่วงเวลานั้นจึงยังไม่ชัดเจนนัก

แต่หลังจากช่วงปี ค.ศ.1990 เป็นต้นมา คณะกรรมการสหภาพยุโรปได้แสดงออกให้ เห็นอย่างชัดเจนว่าได้ยอมรับถึงความเป็นไปได้ที่จะเกิดผลดีต่อการแข่งขันทางการค้าในตลาด (pro-

\* ประเด็นในคดีนี้อยู่ที่การกำหนดเงื่อนไขในข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่จำกัดสิทธิผู้รับอนุญาตที่สูง เกินสมควรผ่านการทำ patent pool โดยไม่ได้เป็นประเด็นว่ามาตรฐานระบบ VCR นั้นเกิดขึ้นมาอย่างไร

\*\* ในขณะที่ตัดสินคือ Article 85 (3)

\*\*\* ในขณะที่ตัดสินคือ Article 85 (1)

\*\*\*\* และการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันไม่เข้าหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นที่เรียกว่า “Transfer of Technology Block Exemption Regulation (TTBER)” ซึ่งใช้สำหรับสัญญาสองฝ่าย คือระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้ สิทธิฝ่ายหนึ่ง และผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิอีกฝ่ายหนึ่ง สำหรับการทำสัญญาร่วมกันใช้สิทธิบัตรแบบหลายฝ่าย จะอยู่นอกเหนือข้อยกเว้นฉบับนี้

competitive) จากการแบ่งปันเทคโนโลยีระหว่างผู้ประกอบการ (อย่างเช่น การจัดตั้งมาตรฐาน\*) ดังที่ปรากฏในคดี *Philips/Matsushita-Dzb, OJ C220/2, 1991* ศาลยุโรปได้ตัดสินว่าข้อตกลงร่วมกันทำวิจัยและพัฒนาและร่วมกันใช้สิทธิบัตรเป็นข้อตกลงที่ก่อให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิค วิทยาการอันจะเป็นประโยชน์ต่อสังคมและประชาชนผู้บริโภคจึงได้รับการยกเว้นตามมาตรา 82 (3)\* โดยจะทำการชั่งน้ำหนักระหว่างผลที่เป็นการจำกัดทางการค้ากับผลประโยชน์ที่ผู้บริโภคและประชาชนผู้บริโภคจะได้รับจากความตกลงดังกล่าว และพิจารณาจากองค์ประกอบและปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น สิ่งที่เราคาดว่าจะได้รับจากการทำความตกลง ส่วนแบ่งตลาดที่คู่สัญญามีอยู่ในขณะทำความตกลงและที่จะเกิดขึ้นในภายหลัง ผลกระทบที่จะมีต่อธุรกิจการค้าของคู่แข่งรายอื่นๆ เหล่านี้เป็นต้น

### 3.2.2.4 แนวทางการใช้กฎหมายการแข่งขันของสหภาพยุโรป

จากผลการพิจารณาในระยะหลังที่ตามมามากมาย ที่แม้จะไม่ปรากฏในรูปแบบของคำตัดสินคดีอย่างเป็นทางการ แต่ก็เป็นการแสดงความคิดเห็นของคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปที่แสดงออกผ่านหนังสือแสดงการสนับสนุน (comfort letter) ที่ส่งให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นคู่สัญญาในข้อตกลงที่ได้แจ้งแก่คณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปในฐานะเป็นผู้บริหารกฎหมายที่แสดงความคิดเห็นของคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปที่ตระหนักถึงผลต่อการแข่งขันในตลาดที่เกิดจากข้อตกลงที่ผู้ประกอบการได้ร่วมกันทำขึ้น ดังตัวอย่างเช่น

- การร่วมกันกำหนดมาตรฐาน APS (Advanced Photographic System) และการทำ patent pool เพื่อสนับสนุนการนำมาตรฐานไปใช้

ในปี ค.ศ. 1993 บริษัท Canon, Kodak, Minolta, Fuji และ Nikon ได้แจ้งต่อคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปเกี่ยวกับการทำข้อตกลงร่วมกันเพื่อพัฒนามาตรฐาน APS (Advanced Photographic System) ซึ่งเป็นมาตรฐานใหม่ในอุตสาหกรรมการถ่ายภาพ อันประกอบไปด้วยกล้องถ่ายภาพชนิดใหม่ ฟิล์มถ่ายภาพ และอุปกรณ์อื่นๆที่เกี่ยวข้อง<sup>33</sup> ผู้ประกอบการธุรกิจที่เข้าร่วมในข้อตกลงดังกล่าวล้วนแล้วแต่ถือเป็นบริษัทยักษ์ใหญ่ในตลาดกล้องถ่ายภาพ เลนส์ ฟิล์มถ่ายภาพสี กระจกถ่ายภาพ และกล้องถ่ายรูปชนิดใช้ครั้งเดียวทั้งในสหภาพยุโรปและตลาดโลก ในกรณีเช่นนี้ข้อตกลงดังกล่าวจึงสามารถสร้างความมั่นใจได้ว่ามาตรฐาน APS จะได้รับการตอบสนองอย่างกว้างขวางโดยปริยาย โดยข้อตกลงดังกล่าวได้แสดงออกชัดเจนว่าคู่สัญญายินดีจะอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินทางปัญญาต่างๆเพื่อการปฏิบัติตามมาตรฐาน APS แก่คู่แข่งรายต่างๆ (ซึ่งถือเป็น

\* ในขณะตัดสินคือ Article 85 (3)

<sup>33</sup> Notice in OJ C 68/3 of 5 March 1994.

ตัวอย่างของผู้ประกอบธุรกิจผลิตสินค้าที่ต้องการแสวงหารายได้หลักจากการผลิตสินค้า มากกว่า การหารายได้จากการอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินทางปัญญาของตน) ในปี ค.ศ.1997 หลังจากคณะกรรมการ มาธิการสหภาพยุโรปได้ตรวจสอบพิจารณาข้อตกลงอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินทางปัญญาแก่บุคคลที่ สามใน patent pool ซึ่งส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับการให้ความช่วยเหลือด้านเทคนิคแก่ผู้ได้รับอนุญาต ใช้สิทธิ<sup>34</sup> ภายหลังจากการปรับแก้ข้อตกลงในบางส่วนแล้ว คณะกรรมการสหภาพยุโรปจึง มั่นใจว่าข้อตกลงนั้นเป็น “การอนุญาตให้ใช้สิทธิที่โปร่งใสและยุติธรรม” (securing a transparent and fair licensing system)<sup>35</sup>

ต่อมา ในปี ค.ศ.2000 ข้อตกลงทำ DVD pool ซึ่งมีข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิแก่บุคคลที่ สามในลักษณะเดียวกันกับมาตรฐาน APS ก็ได้รับการรับรองจากคณะกรรมการสหภาพยุโรป ด้วยเหตุผลที่ว่า เป็นข้อตกลงที่มีผลเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค เพื่อความสะดวกในการบริหารจัดการ การผลิตสินค้าต่างๆที่เกี่ยวข้องกับ DVD และเพื่อให้มาตรฐาน DVD ได้เกิดขึ้น<sup>36</sup> \* หลังจาก คณะกรรมการสหภาพยุโรปได้ตรวจสอบข้อตกลงว่าไม่มีเงื่อนไขที่ถือเป็นการจำกัดการแข่งขัน โดยไม่มีความจำเป็นหรือเกินเลย

นอกจากนี้ ยังปรากฏการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันอื่นๆที่ได้รับการรับรองจากคณะ กรรมการสหภาพยุโรป เช่น MPEG-2 pool<sup>37</sup> ในปี ค.ศ.1998 และ MPEG LA +5 pool<sup>38</sup> ที่ ตามมาภายหลังในปี ค.ศ.2001 ทั้งสองข้อตกลงนำเสนอการรวมการอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบไม่ เต็มขาด (a single non-exclusive license programme) และการบริหารจัดการโดยองค์กรอิสระ (independent entity) ที่มีชื่อว่า “MPEG LA” โดยที่ผู้ทรงสิทธิบัตรยังคงสามารถอนุญาตให้ใช้ สิทธิบัตรของตนได้โดยส่วนตัวอีกด้วย ซึ่งคณะกรรมการสหภาพยุโรปได้ให้เหตุผลในการ รับรองว่าข้อตกลงเช่นนี้เป็นผลดีต่อการแข่งขันทางการค้าอย่างกว้างขวาง

### 3.3 ประเทศญี่ปุ่น

<sup>34</sup> Notice in OJ 330/10 of 1 November 1997.

<sup>35</sup> Press release IP/98/353 of 15 April 1998.

<sup>36</sup> Press release IP/00/1135 of 9 October 2000.

\* คำตัดสินในกรณีเช่นนี้ ดูเหมือนว่าการพิจารณาของคณะกรรมการยุโรปจะพิจารณาทั้งส่วนของการ กำหนดมาตรฐานและการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามมาตรฐานควบคู่กันไป ซึ่งจะแตกต่างจากการพิจารณาการทำ DVD patent pools ในสหรัฐฯที่ กระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯปฏิเสธการให้ความเห็นในขั้นตอนการกำหนดมาตรฐาน และคงให้ความเห็นเฉพาะในส่วนการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามมาตรฐานเท่านั้น

<sup>37</sup> Press release IP/98/1155 of 18 December 1998.

<sup>38</sup> Notice in OJ 174/6 of 19 June 2001.

ลักษณะของการแข่งขันในประเทศญี่ปุ่นในช่วงแรก\* นั้นแตกต่างจากในประเทศสหรัฐอเมริกาและกลุ่มสหภาพยุโรปโดยสิ้นเชิง เป็นเพราะโดยพื้นฐานสังคมชาวญี่ปุ่นเชื่อมั่นใน “การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการยิ่งกว่าจะแข่งขันกัน” (harmonious cooperation over competition)<sup>39</sup> ซึ่งได้สะท้อนให้เห็นได้จากแนวทางการใช้กฎหมายการแข่งขันปฏิบัติต่อกรร่วมกันกำหนดมาตรฐานโดยผู้ประกอบการในญี่ปุ่นที่มีลักษณะส่งเสริมต่อการร่วมมือและพัฒนา มากกว่าที่ปรากฏในสหรัฐฯ ในระยะแรก เพื่อให้เข้าใจถึงลักษณะความร่วมมือในประเทศญี่ปุ่น ผู้เขียนจึงขออธิบายถึงที่มาของความร่วมมือและกฎหมายการแข่งขันในประเทศญี่ปุ่นในช่วงที่ผ่านมาเสียก่อน คือ

### 3.3.1 ภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ของระบบเศรษฐกิจในประเทศญี่ปุ่น<sup>40</sup>

หลังจากประเทศญี่ปุ่นใช้นโยบายโดดเดี่ยวประเทศ (isolationist policy) มาตั้งแต่ศตวรรษที่ 17 แต่เมื่อประเทศอังกฤษได้รับชัยชนะเหนือประเทศจีนในสงครามฝิ่น (Opium war ปี ค.ศ.1839-1842) และตามมาด้วยการรุกรานประเทศจีนโดยบรรดาประเทศตะวันตก ซึ่งสะท้อนถึงกำลังทหารที่แข็งแกร่งที่ได้รับหลังจากการปฏิวัติอุตสาหกรรมในประเทศตะวันตก ปี ค.ศ.1853 ประเทศสหรัฐอเมริกาต้องการให้ญี่ปุ่นเปิดตลาดการค้า หลังจากมีการเจรจกันอย่างคร่ำคร่ง โงกุโน Tokugawa ได้ยินยอมทำสนธิสัญญาพันธมิตรและการค้ากับสหรัฐอเมริกา และทำสนธิสัญญาในลักษณะเดียวกันนี้กับประเทศฮอลแลนด์ รัสเซีย อังกฤษและฝรั่งเศสในเวลาต่อมา อันนำไปสู่การจัดตั้งรัฐบาลของ Satsuma และ Tyousyuu ซึ่งไม่เห็นด้วยกับนโยบายเปิดประเทศ (open-door policy) ของโงกุโน Tokugawa ในปี ค.ศ.1868 ภายหลังการฟื้นฟูในสมัยเมอิจิ (the Meiji restoration) ประเทศญี่ปุ่นเริ่มดำเนินการแปรสภาพอย่างฉับพลัน รัฐบาลใหม่มุ่งที่จะสร้างทางรถไฟ โรงงานเหล็กกล้าและเรือรบ มิใช่เพียงเพื่อการพัฒนาให้ทันสมัย แต่เป็นการเร่งรัดเพื่อปกป้องญี่ปุ่นจากการคุกคามถึงการรุกรานอย่างรุนแรงจากจักรวรรดินิยมตะวันตก ญี่ปุ่นตัดสินใจที่จะเลียนแบบตะวันตก ด้วยการพยายามสร้างกองทัพบกและกองทัพเรือแบบตะวันตก ดิคาอูซของตะวันตกและ

\* ผู้เขียนหมายถึงช่วงตั้งแต่ก่อนการมี The antimonopoly Act ไปจนถึงสิ้นสุดยุคมีของกฎหมายต่อต้านการผูกขาดจากการปฏิรูปกฎหมายต่อต้านการผูกขาดโดยยกเลิข้อยกเว้น (exemption) ในการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดที่ไม่จำเป็นลงไป

<sup>39</sup> Tetsuji YOKOTE, (Deputy Director, International affairs division, JFTC), "Advocacy for competition: the Japanese Perspective", หน้า 88-91.

<sup>40</sup> Kenichi Miyashita และ David Russell, "KEIRETSU: Inside the hidden Japanese conglomerates", McGraw-Hill, Inc. 1996. (แปลและเรียบเรียงโดย เขวากา พุกกะคุปต์, ปรีทรรศน์ พันธบุรุษรงค์ และ พิระพนธ์ โสพัศสถิตย์)



สนับสนุนด้วยฐานอุตสาหกรรมที่เข้มแข็งแบบตะวันตก\* รัฐบาลจึงพยายามผลักดันประเทศญี่ปุ่นอย่างต่อเนืองให้ "ไล่ตาม" ชาติตะวันตกให้ทันเพื่อรักษาเอกราชเอาไว้ให้ได้ ในระยะแรกของการพัฒนาประเทศตามแนวทางของชาติตะวันตกนั้น รัฐบาลได้เข้าเป็นผู้ดำเนินการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเพื่อทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศในอุตสาหกรรมหลายแขนง แต่ไม่นานเงินของรัฐบาลก็เริ่มหมดลง ทำให้เกิดการขยายกิจการของรัฐบาลขนาดใหญ่ในต้นทศวรรษที่ 1880 และเป็นจุดเริ่มต้นที่เอกชนเข้ามามีบทบาทในการดำเนินอุตสาหกรรมของประเทศ

เป้าหมายหลักของรัฐบาลญี่ปุ่นในยุคนั้นคือ ต้องการเงินพร้อมกับการประกันความก้าวหน้าอย่างต่อเนืองของอุตสาหกรรมหลักข้างต้น รัฐบาลญี่ปุ่นจึงช่วยเหลือแก่ผู้ประกอบการทั้งทางด้านภาษีและกฎหมายที่จะช่วยให้ธุรกิจเติบโตขึ้น เช่น การตรากฎหมายหลายฉบับเพื่อสนับสนุนให้มีการรวมตัวกันประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจในรูปของการรวมหัว (cartel) และสมาคมการค้าต่างๆ (trade association) ทำให้ประเทศญี่ปุ่นเกิดการรวมหัว (cartel) ขึ้นจำนวนมากและสามารถกำหนดราคา กำหนดโควตา จำกัดจำนวนสินค้าและการแบ่งตลาดการค้าระหว่างกันอย่างสมบูรณ์ ทำให้ผู้ประกอบการแรกเริ่มของอุตสาหกรรมเหล่านี้สามารถขยายกิจการของตนออกไปในธุรกิจด้านอื่นๆ หลายด้าน ในที่สุด ญี่ปุ่นก็มีกลุ่มบริษัทที่มีธุรกิจหลากหลายขึ้นหลายกลุ่ม ในแต่ละกลุ่มจะมีตระกูลหนึ่งเป็นเจ้าของและผู้ดำเนินการในรูปแบบของบริษัทถือหุ้น (holding company) เจ้าของธุรกิจในกลุ่มอุตสาหกรรมนี้ได้กลายเป็นชนชั้นสูงรุ่นใหม่ของประเทศที่เรียกกันว่า "กลุ่มนายเงิน" หรือ "ไชบัตสึ" (Zaibutsu) ดังนั้น นอกเหนือจากที่รัฐบาลญี่ปุ่นมีบทบาทในการกำหนดเศรษฐกิจของประเทศแล้ว เศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่นในขณะนั้นยังถูกควบคุมโดยกลุ่มทางธุรกิจ (combination) ที่เป็นผลจากการกระจุกตัวทางอุตสาหกรรม ทั้งนี้มีกลุ่มขนาดใหญ่อยู่ที่กลุ่มที่โดดเด่นกว่ากลุ่มอื่นๆ ซึ่งประกอบไปด้วย มิตซูชิ (Mitsui), มิตซูบิชิ (Mitsubishi), สุมิโตโม (Sumitomo) และ ยาสุดะ (Yosuda) ระบบเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่นในยุคนี้จึงมีการผูกขาดโดยกลุ่มบุคคลเพียงไม่กี่กลุ่ม และกิจกรรมทางเศรษฐกิจก็ไม่ได้อาศัยหลักของการแข่งขันแต่อย่างใด

แต่ทว่า ภายหลังการสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สองด้วยการพ่ายแพ้ของประเทศญี่ปุ่น กองกำลังยึดครองฝ่ายสัมพันธมิตรภายใต้การนำของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีวัตถุประสงค์เบื้องต้นคือการสร้างความมั่นใจว่าประเทศญี่ปุ่นจะไม่กลายเป็นสิ่งคุกคามได้อีกในอนาคต โดยพิจารณาเห็นว่า

---

\* รัฐบาลญี่ปุ่นในยุค โชกุน เริ่มการส่งนักเรียน ไปศึกษาที่ประเทศสหรัฐอเมริกาตั้งแต่ปี ค.ศ.1860 เพื่อเรียนรู้วัฒนธรรม ส่วนรัฐบาลในสมัยเมอิจิส่งคนหลายกลุ่มไปยังประเทศตะวันตกต่างๆ เพื่อเรียนรู้และดูดซับการพัฒนาอุตสาหกรรม ซึ่งรัฐบาลญี่ปุ่นได้ตั้งข้อสังเกตว่าในประเทศต่างๆ ที่ศึกษานั้น ความมั่งคั่งมักจะตกอยู่ในกำมือของครอบครัวเพียงไม่กี่ครอบครัวเท่านั้น เช่น ตระกูลของกรุปและทิสเซน รอทซาล์ยท์ รอคกีเฟลเลอร์และมอร์แกน ดังนั้นสิ่งที่จำเป็นต้องทำคือ การกำหนดอุตสาหกรรมหลักสองสามประเภท แล้วกระตุ้นให้ตระกูลที่มั่งคั่งบางตระกูลลงทุนและจัดการธุรกิจเหล่านี้ ซึ่งจะเป็ผลให้ประเทศญี่ปุ่นสร้างรอกกีเฟลเลอร์ของตนเองได้ รัฐบาลจะได้อุตสาหกรรมที่จำเป็นเพื่อการขยายตัวทางเศรษฐกิจและการพัฒนากองทัพ

หากประเทศญี่ปุ่นยังคงมีโครงสร้างเศรษฐกิจเช่นที่เป็นอยู่ก็จะกลับมามีความเข้มแข็งทางการทหารได้อีก จึงจำเป็นต้องสลายกองทัพและกำจัดพลังทางอุตสาหกรรมที่สนับสนุนกองทัพ ซึ่งก็คือกลุ่มไชนัทลี\* คำสั่งเบื้องต้นของนายพลแมคอาร์เธอร์ (General MacArthur) ผ่านคณะเสนาธิการร่วมคือการระบุให้ผู้บัญชาการทหารสูงสุดของกองกำลังพันธมิตร (the Supreme Commander for the Allied Powers: SCAP) ควบคุมดูแลการแยกสลาย "กลุ่มอุตสาหกรรมและการธนาคารของญี่ปุ่น" จึงมีการบัญญัติกฎหมายพิเศษขึ้น เรียกว่า "The law to elimination excessive concentration of economic power" เพื่อแยกบริษัทต่างๆ ในกลุ่มไชนัทลีออกเป็นบริษัทย่อยๆ และยุบบริษัทแม่ที่ถือหุ้น (holding company) ทั้งนี้เพราะจากมุมมองของ SCAP ไชนัทลีมีการควบคุมแบบรวมศูนย์โดยตระกูลใดตระกูลหนึ่งผ่านบริษัทแม่ (holding company) ที่เป็นของตระกูล ดังนั้นหากปราศจากบริษัทแม่ สายโยงใยของไชนัทลีจะอ่อนแอลง บริษัททั้งหลายที่ยึดตัวอยู่ในกลุ่มก็จะมีอิสรภาพในการดำเนินงานของตนเอง และเพื่อหลีกเลี่ยงการควบคุมกลุ่มไชนัทลีโดยอาศัยตำแหน่งผู้บริหารในกลุ่มบริษัทในเครือหลักๆ ทั้งหลายแทนที่การอาศัยบริษัทแม่ที่ถูกยุบไป และการเข้าซื้อหุ้นของไชนัทลีในกลุ่มซึ่งกันและกัน กองบัญชาการกลาง (GHQ) จึงสั่งให้ไชนัทลีที่ใหญ่ที่สุด 15 กลุ่มหยุดการเคลื่อนย้ายถ่ายเทและกักเก็บทรัพย์สินของกลุ่มทั้งหมด SCAP สั่งการให้สมาชิกของตระกูลไชนัทลี 56 แห่ง ให้สละตำแหน่งบริหารในบริษัทลูกและยังให้สละทรัพย์สินส่วนตัวของตนเอง สมาชิกของครอบครัวถูกห้ามไม่ให้รับตำแหน่งบริหารในบริษัทไชนัทลีดั้งเดิมของตน และ SCAP ยังสั่งให้มีการปลดผู้บริหารระดับสูงของบริษัทในเครือใหญ่ๆ หลายแห่งอีกด้วย ซึ่งเป็นการกระทำที่ชาวญี่ปุ่นไม่เห็นด้วยนัก

### 3.3.2 จุดเริ่มต้นของกฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศญี่ปุ่น

ฝ่ายสัมพันธมิตรต้องการให้ประเทศญี่ปุ่นเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางเศรษฐกิจไปเป็นระบบแบบเสรีนิยม (free enterprise system) โดยส่งเสริมให้มีการแข่งขันอย่างเสรีในระหว่างผู้ประกอบการ เพื่อป้องกันไม่ให้ไชนัทลีกลับมีขึ้นมาได้อีก จึงสั่งการให้รัฐบาลญี่ปุ่นร่างกฎหมายซึ่งสามารถจัดและป้องกันการผูกขาดของเอกชน การจำกัดทางการค้า การรวมการอำนาจการหรือควบคุมนโยบาย และการบริหารธุรกิจในระหว่างผู้ประกอบการ ให้ธนาคารแยกตัวออกจากการประกอบพาณิชย์กรรม อุตสาหกรรม และเกษตรกรรม ตลอดจนให้โอกาสที่ทัดเทียมกันแก่เอกชนในการแข่งขันบนพื้นฐานของหลักประชาธิปไตย ดังนั้น ในเดือนเมษายน ปี ค.ศ.1947 สภานิติบัญญัติของญี่ปุ่นได้เห็นชอบร่างกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่มีชื่อว่า "The act concerning prohibition of private monopoly and maintenance of fair trade" หรือที่รู้จักกันทั่วไปในชื่อ "The

\* ดังเห็นได้จากในช่วงปลายของสงคราม ประมาณครึ่งหนึ่งของระบบการเงินของประเทศญี่ปุ่นและหนึ่งในสามของอุตสาหกรรมหนัก ถูกควบคุมโดยกลุ่มไชนัทลีสี่ยักษ์ใหญ่ (Big Four)

antimonopoly Act" (AMA) และเริ่มมีผลใช้บังคับเมื่อเดือนพฤษภาคม ปี ค.ศ.1947 ซึ่งแน่นอนว่า SCAP ได้มีส่วนร่วมในการร่างกฎหมายฉบับนี้ด้วย\*

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่นครอบคลุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการ 4 ประเภท คือ

- การรวมตัวเพื่อจำกัดการแข่งขัน (cartel)
- การผูกขาด (monopolization)
- การควบรวมกิจการ (mergers) และ
- พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practices)

โดยในส่วนของกรรวมตัว (cartel) นั้นจะแบ่งเป็นการจำกัดการค้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร\*\* (unreasonable restraint of trade) ซึ่งจะจำกัดเฉพาะพฤติกรรมในแนวนอน เช่นการรวมหัวกำหนดราคา, ปริมาณ, แบ่งปันตลาด, รั่วประมุข และ boycott และยังมีบทบัญญัติควบคุมพฤติกรรมของสมาคมการค้า<sup>41</sup> (trade association) และการรวมหัวระหว่างประเทศ (international cartel)<sup>42</sup> อีกด้วย ส่วนการควบคุมพฤติกรรมกรจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งจะอยู่ภายใต้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม\*\*\* บทบัญญัติกฎหมายต่อต้านการผูกขาดในฉบับแรกก่อนมีการแก้ไขนั้นเป็นกฎหมายที่มีข้อห้ามเข้มงวดที่สุด\*\*\*\* โดยเฉพาะกับการควบรวมบริษัทและการตกลงร่วมกันในรูปแบบอื่นๆ ดังเช่นในมาตรา 9 ของกฎหมายฉบับนี้ บัญญัติให้การมีบริษัทแม่ถือหุ้นของบริษัทในกลุ่มเป็นสิ่งผิดกฎหมาย\*\*\*\*\* เพื่อวัตถุประสงค์ในการกำจัดคู่แข่งที่ควบคุมบริษัทในบริษัทสิ้นบร้อยๆแห่งไว้ด้วยกัน ให้กลายเป็นธุรกิจที่มีความเป็นอิสระจากบริษัท

\* ตั้งนั้นกฎหมายการแข่งขันของญี่ปุ่นจึงมีบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกับของสหรัฐอเมริกา

\*\* The Antimonopoly Act, Section 3 การเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดถือเป็นความผิด เช่นเดียวกับ section 2 ของ the Sherman Act ของสหรัฐซึ่งใช้ระบบควบคุมโครงสร้างตลาด

<sup>41</sup> The Antimonopoly Act, Section 8

<sup>42</sup> The Antimonopoly Act, Section 6

\*\*\* The Antimonopoly Act, Section 19 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม โดยในประเทศญี่ปุ่นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งจะไม่ถือเป็น collusion รูปแบบหนึ่ง แตกต่างจากของสหรัฐที่จะอาศัยบทบัญญัติ section 1 ของ the Sherman Act และสหภาพยุโรปที่อาศัย section 81 บังคับกับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันทั้งในแนวนอนและแนวดิ่ง

\*\*\*\* ที่กล่าวว่าเข้มงวดนั้นคือบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ผลในทางปฏิบัติกลับเป็นไปอีกรูปแบบหนึ่ง

\*\*\*\*\* Sec.9 [Prohibition of company which may cause excessive concentration of economic power, filing requirement]

แต่ในปลายปี ค.ศ.1947 ลัทธิคอมมิวนิสต์เริ่มแผ่ขยายไปในยุโรปและเอเชีย ในปี ค.ศ.1948 สหรัฐอเมริกาจึงหันมามองญี่ปุ่นในลักษณะเป็นกันชนยุทธศาสตร์ระหว่างสหรัฐอเมริกาและคอมมิวนิสต์ในแผ่นดินใหญ่ ขณะเดียวกันที่กลุ่มการค้าและกลุ่มการเมืองในสหรัฐอเมริกาเริ่มโจมตี SCAP ในเรื่องความพยายามที่จะปลูกฝังลัทธิธุรกิจใหม่ในประเทศซึ่งต้องการฐานอุตสาหกรรมที่เข้มแข็งมากกว่าการทำลายการผูกขาด ผลจากการเจรจาทำให้เริ่มต้นเห็นพ้องต้องกันว่าสิ่งที่สหรัฐอเมริกาต้องการจริงๆคือ ญี่ปุ่นที่เข้มแข็งมากกว่าญี่ปุ่นที่อ่อนแอ ดังนั้นตั้งแต่ปี ค.ศ.1948 เป็นต้นมา แนวทางการดำเนินการใหม่คือ การฟื้นฟูเศรษฐกิจ เพื่อผลของความต่อเนื่องของรัฐบาลประชาธิปไตยและเพื่อทำให้เป็นประเทศที่ปลอดภัยสำหรับการลงทุนจากต่างประเทศ โดยสรุปจึงมีบริษัทในกลุ่มไชนัทสี่ไม่เกิน 24 บริษัทจากจำนวนทั้งหมดนับร้อยๆบริษัทเป้าหมายที่จะแยกสลายนั้นถูกแยกสลายลงไปจริงๆ เพราะความพยายามต่อต้านจากข้าราชการญี่ปุ่นและการเปลี่ยนใจอย่างกะทันหันของสหรัฐอเมริกาเอง

SCAP มอบหมายให้กระทรวงการค้าและอุตสาหกรรม (Ministry of International Trade and Industry: MITI\*) กระทรวงการคลัง และธนาคารแห่งประเทศไทยญี่ปุ่น เป็นหน่วยงานที่รวบรวมเอาเศรษฐกิจของญี่ปุ่นมารวมศูนย์ควบคุมไว้ ในขณะที่สภาพเศรษฐกิจของญี่ปุ่นอยู่ในสภาพเดียวกับทศวรรษที่ 1880 คือ เศรษฐกิจและอุตสาหกรรมอ่อนแอ การไม่มีงานทำในเมืองต่างๆเพิ่มสูงขึ้น และความต้องการไล่ตามตะวันตกให้ทันมีมากกว่าแต่ก่อน แต่ข้อแตกต่างที่สำคัญคือ ในยุค 1880 ซึ่งเป็นยุคแรกเริ่มของไชนัทสี่ รัฐบาลญี่ปุ่นช่วยเหลืออุตสาหกรรมเพื่อประโยชน์ในการพัฒนาการทหาร แต่ในรัฐบาลใหม่นี้ถูกห้ามสร้างกองกำลังทหาร จึงมีความจำเป็นเพียงแค่ฟื้นฟูอุตสาหกรรมเท่านั้น

SCAP ยังกำหนดให้มีหน่วยงานที่รับหน้าที่หลักในการดำเนินงานตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดคือ The Fair Trade Commission of Japan (JFTC) เป็นคณะกรรมการอิสระมีสมาชิกแรกเริ่ม 7 คนที่ได้รับการแต่งตั้งโดยนายกรัฐมนตรี มีวาระการดำรงตำแหน่ง 5 ปี ทำหน้าที่ตรวจตราเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่นให้เกิดความยุติธรรมในธุรกิจการค้าของประเทศญี่ปุ่น และไม่ให้มีกิจกรรมในลักษณะของไชนัทสี่ขึ้นได้อีก (เช่น การรวมตัวกัน การจับกลุ่มรวมหัวกำหนดราคา เป็น

(1) Any company, which may cause excessive concentration of economic power, by means of holding of the stock (including shares of partnership; hereinafter the same) of other companies in Japan shall not be established.

(2) A company (including a foreign company; hereinafter the same) shall not cause excessive concentration of economic power in Japan by acquiring or holding the stock of other companies in Japan.

(3) ....

\* ตั้งแต่วันที่ 6 มกราคม ค.ศ.2001 เปลี่ยนเป็นกระทรวงเศรษฐกิจ การค้าและอุตสาหกรรม (The Ministry of Economy, Trade and Industry: METI)



ต้น) จากการที่ SCAP เป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการบัญญัติกฎหมายป้องกันการผูกขาดรวมไปถึงการจัดตั้งหน่วยงานกำกับดูแล (JFTC) จึงไม่น่าแปลกใจเลยว่าทั้งกฎหมายป้องกันการผูกขาดและหน่วยงานกำกับดูแลจะมีลักษณะคล้ายคลึงกับที่ปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกาแน่นอน

### 3.3.3 ยุคมืดของกฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศญี่ปุ่น (Dark ages of the Antimonopoly Act)

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติการดำเนินงานของ JFTC จะไม่ราบรื่นนัก เพราะหน่วยงานราชการอื่นๆ ของญี่ปุ่น เช่น MITI มีมุมมองต่อ JFTC ว่าเป็นการแทรกแซงเศรษฐกิจของประเทศจากสหรัฐอเมริกา โดยไม่มีความเข้าใจในเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่น ด้วยเหตุผลที่ว่า ถึงแม้ประเทศญี่ปุ่นจะเปลี่ยนมาใช้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีที่มีกลไกตลาดเป็นเครื่องกำหนดกิจกรรมทางเศรษฐกิจบนการตัดสินใจโดยอิสระของหน่วยธุรกิจเพื่อนำไปสู่ประสิทธิภาพสูงสุดทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายการแข่งขันของญี่ปุ่นที่มุ่งรักษาและส่งเสริมกระบวนการแข่งขันในตลาดให้เข้มแข็ง (market-oriented idea) แต่ในทางปฏิบัติ นโยบายเพื่อการพัฒนาอุตสาหกรรมไม่จำเป็นต้องตั้งอยู่บนแนวคิดนี้ด้วยเสมอไป<sup>43</sup> ในบางสถานการณ์อาจสมควรต้องจำกัดการแข่งขันภายในประเทศและการค้าเสรีลงเพื่อส่งเสริมความสามารถในการแข่งขันระดับระหว่างประเทศ และนำนโยบายที่ส่งเสริมความร่วมมือกัน (cooperation-oriented policy) มาใช้เพื่อจำกัดการแข่งขันภายในประเทศไม่ให้มากเกินไป\* (excessive competition) ดังที่ MITI ได้นำมาใช้ฟื้นฟูเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่นในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ตัวอย่างเช่น ในต้นปี ค.ศ.1952 MITI ได้คัดค้านกลุ่มของผู้ผลิตสิ่งทอให้จำกัดปริมาณการผลิตและยึดตามโควตาที่ทางการได้กำหนดไว้ให้ (ซึ่งเป็นลักษณะของการรวมหัวกันผลิตที่ถือปฏิบัติกันทั่วไปในบริษัทไชนัส์ที่ก่อนสงคราม) JFTC ได้ออกมาประกาศว่าการรวมหัวกันผลิตในปริมาณที่กำหนดโดย MITI (ซึ่งเป็นหน่วยงานภาครัฐ) นี้เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายและไม่เหมาะสมภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด แต่ MITI ก็ปฏิเสธว่าทาง MITI มิได้ออกคำสั่งให้จำกัดการผลิต เพียงแต่เป็น "การให้คำแนะนำ" จึงไม่ถือเป็นการผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดแต่อย่างใด

นโยบายทางอุตสาหกรรมที่ออกมาในรูปแบบของ "คำแนะนำในทางบริหาร" (administrative guidance) ที่ไม่เป็นทางการแต่พึงปฏิบัติตามอย่างชัดเจน ได้กลายเป็นเครื่องมือหลัก

<sup>43</sup> Takako Ishihara, "Industrial policy and competition policy".

\* บางครั้งก็ถูกเรียกว่า "fruitless competition" หรือ "overly intense competition" ซึ่ง MITI เชื่อว่าการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการจำนวนมากๆ หรือผู้ประกอบการที่มีขนาดค่อนข้างเล็กจะนำไปสู่ประสิทธิภาพในทางเศรษฐกิจที่ด้อยลงเนื่องจากไม่ได้รับประโยชน์จากการประหยัดต่อขนาด และผู้ประกอบการต่างๆ จะไม่มีกำไรเพียงพอสำหรับการประกอบธุรกิจต่อไป

ของรัฐในการจัดรูปแบบองค์กรทางเศรษฐกิจ ซึ่งนโยบายทางอุตสาหกรรมดังกล่าวก็คือ การพัฒนาอุตสาหกรรมใหญ่อย่างก้าวกระโดดด้วยการสนับสนุนจากกลุ่มผู้รับเหมาช่วงรายย่อยซึ่งเป็นลักษณะการรวมตัวคล้ายกับที่เกิดขึ้นกับไชนีสเพียงแต่ไม่มีบริษัทแม่ถือหุ้นรวมและร่วมในคณะกรรมการของบริษัทเท่านั้น นโยบายทางอุตสาหกรรม (industrial policy) ที่เป็นการชี้นำและวางแผนโดยรัฐมีขึ้นเพื่อพัฒนาอุตสาหกรรมและยกระดับสถานะการแข่งขันในระดับนานาชาติในขณะนั้น ทำให้เห็นนโยบายด้านการแข่งขัน (competition policy) ถูกลดระดับความสำคัญลง\* และเกิดข้อยกเว้นเพื่อผ่อนคลายการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดเป็นจำนวนมาก ดังที่ Chalmers Johnson ได้กล่าวถึงเหตุการณ์ในขณะนั้นไว้ในงานเขียนของเขาว่า<sup>44</sup> ในทันทีที่การยึดครองสิ้นสุดลงในเดือนเมษายน (ปี ค.ศ.1952) MITI ได้เสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาสองฉบับ ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับให้อำนาจ MITI ในการสร้างกลุ่มธุรกิจเล็กๆ โดยเป็นข้อยกเว้นจากกฎหมายป้องกันการผูกขาด กฎหมายทั้งสองฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกให้เกิดกฎหมายในลักษณะคล้ายกันนี้อีกหลายฉบับในเวลาต่อมา และนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายป้องกันการผูกขาดในปี ค.ศ.1953 ในการยกร่างแก้ไขกฎหมายป้องกันการผูกขาดนี้ MITI ได้ระบุข้อคิดเห็นไว้ในรายงานประจำปีว่า MITI ยอมรับในวัตถุประสงค์ของ AMA ฉบับเดิม แต่พบว่าในทางปฏิบัติ AMA ได้นำไปสู่การกระจายตัวของอุตสาหกรรมมากเกินไป และเป็นสิ่งกีดขวางการสะสมเงินทุนเพื่อรักษาความสามารถในการแข่งขันระดับนานาชาติ ในข้อเสนอเพื่อแก้ไขเพิ่มเติม AMA นั้น MITI ได้เรียกร้องอำนาจที่จะอนุมัติให้เกิด "พฤติกรรมความร่วมมือ" (เรียกว่า "kyodo kai" ซึ่งเป็นการเลียนแบบการใช้คำว่า การตั้งกลุ่มหรือการรวมตัวทางธุรกิจ) ในวันที่ 1 กันยายน ปี ค.ศ.1953 รัฐสภาก็ได้ผ่านร่างแก้ไขเพิ่มเติม

\* นอกจากประเทศญี่ปุ่นในระยะเร่งการฟื้นฟูอุตสาหกรรมนี้จะมีแนวทางการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดที่เอื้อต่อการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการแล้ว ระบบกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศญี่ปุ่นในขณะนั้นยังให้ความสำคัญคุ้มครองแก่ผู้ประดิษฐ์แคบกว่าระบบกฎหมายสิทธิบัตรที่ใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือแม้ระบบกฎหมายสิทธิบัตรของทั้งสองประเทศต่างก็มุ่งส่งเสริมให้เกิด "นวัตกรรม" (innovation) แต่กลับแตกต่างกันในแนวคิด กล่าวคือระบบกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นให้ความสำคัญแก่การคิดค้นนวัตกรรมโดยมุ่งเป้าไปที่การให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) แก่ผู้ประดิษฐ์ ในทางตรงกันข้าม ระบบกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศญี่ปุ่นกลับมิได้กล่าวถึงสิทธิของผู้ประดิษฐ์ เพียงแต่บัญญัติแสดงจุดมุ่งหมายเพื่อการส่งเสริมการพัฒนาอุตสาหกรรม (to promote industrial development) ด้วยวิธีการสนับสนุนให้ความคุ้มครองและยอมให้ผู้คิดค้นนำสิ่งประดิษฐ์ไปใช้แสวงหาประโยชน์ ระบบกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศญี่ปุ่นจึงมีแนวคิดเรื่อง "นวัตกรรม" เอนเอียง ไปในด้านของการเลียนแบบมากกว่าระบบของประเทศสหรัฐฯ เนื่องจากประเทศญี่ปุ่นต้องการหลีกเลี่ยงการลงทุนที่ซ้ำซ้อนไปกับเทคโนโลยีที่ถูกคิดค้นได้แล้วในขณะนั้น (โดยเฉพาะเทคโนโลยีของชาติตะวันตก) จึงอาจกล่าวได้ว่า ประเทศญี่ปุ่นใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในขณะนั้นให้เอื้อต่อการเลียนแบบเทคโนโลยีของชาติตะวันตก โดยให้ความสำคัญคุ้มครองแก่ผู้ทรงสิทธิที่ค่อนข้างแคบ

<sup>44</sup> Chalmers Johnson "MITI and the Japanese Miracle: The Growth of Industrial Policy, 1925-1975", Stanford University Press, Stanford, CA. 1982.

AMA ซึ่งยินยอมให้มี cartel ได้สองประเภทคือ การรวมกลุ่มที่มีเหตุผลอันสมควร (rationalization cartel) และการรวมกลุ่มในกรณีภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ (depression cartel)

ในเวลาเพียงสามปีต่อมา ญี่ปุ่นได้ออกกฎหมายฉบับฉบับที่ค่อนข้างตรงกันข้ามกับนโยบายหลักของสหรัฐอเมริกาที่ต้องการป้องกันการรวมกลุ่มของพลังทางเศรษฐกิจที่มากเกินไปอย่างไชบัทสึ ช่วงฤดูหนาวของปี ค.ศ.1957-1958 MITI ตั้งคณะกรรมการระดับสูงเพื่อพิจารณาอนาคตของกฎหมายป้องกันการผูกขาด ซึ่งได้ข้อสรุปว่า การมีกฎหมายข้อบัญญัติของการแข่งขันเสรีอยู่นั้น มิได้เอื้อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะอย่างแท้จริง ดังนั้น แม้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและหน่วยงาน JFTC มิได้ถูกยกเลิกไปแต่ก็อยู่ในสภาพที่ไม่สามารถจะบรรลุตามวัตถุประสงค์ได้เลย รัฐบาลญี่ปุ่นต้องการสนับสนุนให้บริษัทในไชบัทสึเดิมมารวมตัวเป็นกลุ่มบริษัทใหม่เพื่อเร่งให้เกิดการพัฒนาอุตสาหกรรมแบบก้าวกระโดด ในปี ค.ศ.1953 MITI เรียกร้องให้สร้าง "เคอิเรทสึ" ของอุตสาหกรรมขึ้นด้วยการช่วยจับคู่บริษัทผู้ผลิตและบริษัทการค้าต่างๆ จัดการและสนับสนุนการรวมตัวของบริษัทการค้าย่อยๆ ให้เป็นบริษัทที่เข้มแข็งประมาณ 24 บริษัท ภายใต้แนวคิดที่เรียกว่า "หนึ่งบริษัทในแต่ละภาคอุตสาหกรรมหลัก" อีกทั้งรัฐบาลยังส่งเสริมให้ธนาคารให้สินเชื่อแก่อุตสาหกรรมหลักๆ โดยออกกฎหมายอนุญาตให้ธนาคารถือหุ้นในบริษัทลูกหนี้ได้ ซึ่งเป็นข้อยกเว้นจากกฎหมายป้องกันการผูกขาด

ช่วงแรกของการพัฒนาอุตสาหกรรมซึ่งเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่นอยู่ในสภาพอ่อนแอ รัฐบาลจึงปกป้องตลาดภายในประเทศรวมไปถึงบริษัทในญี่ปุ่นให้ปลอดภัยจากการแข่งขันจากต่างชาติ โดยออกมาตรการจำกัดการนำเข้า\* จำกัดปริมาณเงินทุนจากต่างประเทศ ในกรณีที่บริษัทต่างชาติเข้าร่วมทุนในบริษัทญี่ปุ่นก็จะจำกัดจำนวนกรรมการบริหารที่มาจากต่างชาติและกำหนดสิทธิในการลงคะแนน เป็นต้น เทคโนโลยีของต่างชาติได้ถูกนำเข้ามาสู่ญี่ปุ่นในลักษณะการตั้งเข้าไปในทำนองเดียวกับวัตถุดิบสำคัญๆทั้งหลาย แต่บริษัทต่างชาติส่วนใหญ่กลับไม่มีโอกาสเข้าไปดำเนินธุรกิจญี่ปุ่นจนกระทั่งช่วงทศวรรษที่ 1970 ซึ่งในขณะนั้นอุตสาหกรรมหลักๆของญี่ปุ่นก็เข้มแข็งจนสามารถแข่งขันกับนานาชาติได้โดยไม่จำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองอีกต่อไป

วัตถุประสงค์สำคัญของการสร้างเคอิเรทสึแนวนอนก็คือ การสร้างเสถียรภาพในการประกอบการร่วมกัน ในกลุ่มยังอาจร่วมกันเสี่ยงภัยในการลงทุนและร่วมแบ่งผลกำไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกิจการใหม่ๆที่ต้องใช้ทุนสูง และยังสร้างความน่าเชื่อถือซึ่งช่วยให้เข้าถึงแหล่งเงินทุนจากธนาคารหลักของกลุ่มและจากสถาบันการเงินอื่นๆอีกด้วย

### 3.3.4 การใช้มาตรฐานการเชื่อมต่อในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายทางอุตสาหกรรม

---

\* ซึ่งยังคงการจำกัดการนำเข้าอย่างมาก จนกระทั่งปี ค.ศ.1970 ที่นานาชาติเรียกร้องให้เปิดตลาดญี่ปุ่นเพื่อการแข่งขันเสรี

ในการฟื้นฟูอุตสาหกรรมประเทศญี่ปุ่นภายหลังสงคราม ประเทศญี่ปุ่นอาศัยมาตรฐานการเชื่อมต่อที่เป็นองค์ประกอบสำคัญสำหรับนโยบายทางอุตสาหกรรม เนื่องจากตลาดภายในของประเทศญี่ปุ่นมีขนาดเล็กและอยู่ในสภาพที่ล้าหลังทางอุตสาหกรรม ดังนั้นนอกจากรัฐบาลญี่ปุ่นจะออกมาตรฐานคุณภาพเพื่อควบคุมด้านคุณภาพสินค้าและกีดกันสินค้าของต่างชาติด้วยการกำหนด “มาตรฐานสินค้าอุตสาหกรรมญี่ปุ่น” (Japanese Industrial Standards: JIS) สำหรับสินค้าอุตสาหกรรม และ “มาตรฐานสินค้าเกษตรกรรมญี่ปุ่น” (Japanese Agricultural Standards: JAS) สำหรับสินค้าเกษตรกรรมแล้ว รัฐบาลญี่ปุ่นยังใช้มาตรการที่กำหนด “ระบบมาตรฐานญี่ปุ่น” (the Japanese Standards System: JSS) ที่มีเป้าหมายเพื่อการเพิ่มประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจและเพื่อให้ได้รับประโยชน์จากการถ่ายทอดเทคโนโลยี<sup>45</sup> (technology transfer) เพราะในช่วง การเริ่มต้นกระบวนการพัฒนาอุตสาหกรรมของประเทศญี่ปุ่น หน่วยธุรกิจของประเทศญี่ปุ่นนั้นทั้งมีขนาดเล็กขาดประสิทธิภาพและขาดแคลนเทคโนโลยีพื้นฐานสมัยใหม่ เพื่อแก้ปัญหาเหล่านี้ รัฐบาลญี่ปุ่นจึงกระตุ้นให้เกิดการลดความหลากหลายของสินค้า (simplification of product variety) การสนับสนุนให้สินค้าสามารถใช้อุปกรณ์สับเปลี่ยนซึ่งกันและกันได้ (interchangeability) และมีความสามารถทำงานร่วมกันได้ (compatibility) ระหว่างสินค้าต่างๆ เหตุผลในด้านหนึ่งเพื่อทำให้บริษัทในญี่ปุ่นได้รับประโยชน์ของประสิทธิภาพในการผลิตจำนวนมาก แม้ว่าบริษัทเหล่านั้นจะมีขนาดเล็กก็ตาม และในอีกด้านหนึ่งยังช่วยอำนวยความสะดวกในการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากต่างประเทศเพราะสามารถนำไปใช้ได้กับบริษัทจำนวนมากทั้งที่อยู่ในอุตสาหกรรมเดียวกันหรือแม้แต่ในต่างอุตสาหกรรมกันก็ตามที่ผลิตสินค้าหรือกระบวนการผลิตเหมือนกัน

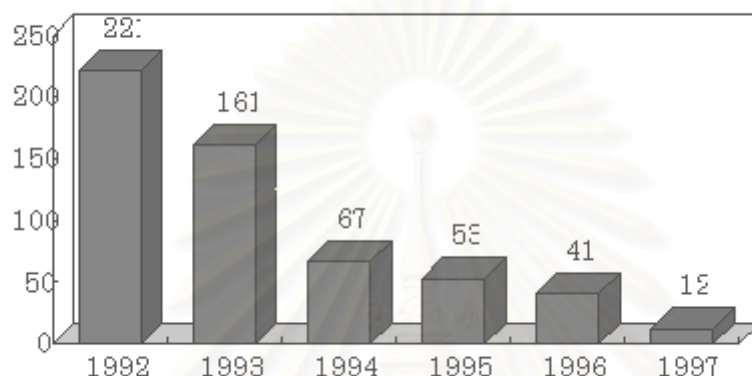
### 3.3.5 การปฏิรูปกฎหมายต่อต้านการผูกขาดในประเทศญี่ปุ่น (regulatory reform in Japan)

การสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันเสรีจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้หากถูกกีดขวางโดยหน่วยงานของรัฐดังเช่นที่ผ่านมาในประเทศญี่ปุ่น ในปี ค.ศ.1979 ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นการเปลี่ยนแปลงจากคำแนะนำ (recommendation) ของ OECD ในหัวข้อ "Recommendation of the council on competition policy and exempted or regulated sectors" คณะมนตรีได้แสดงถึงความจำเป็นของการเพิ่มความน่าเชื่อถือในการแข่งขันและให้คำแนะนำแก่ประเทศสมาชิกให้ทำการพิจารณากฎหมายที่กีดขวางการแข่งขันเสรี โดยให้คำนึงถึงเหตุผลแรกเริ่มหรือพฤติกรรมที่เป็นเหตุให้มีการควบคุมการประกอบธุรกิจไว้ เปรียบเทียบกับประเทศอื่นๆที่อยู่ภายใต้สถานะการณ์อย่างเดียวกัน ซึ่งวัตถุประสงค์อย่างเดียวกันควรจะประสบความสำเร็จภายใต้สถานะการณ์อย่างเดียวกันจากการทำงานของการแข่งขันเสรี ทำให้ประเทศสมาชิกจำนวนมากทำการทบทวนกฎระเบียบที่ควบคุมการ

<sup>45</sup> Donald J. Lecraw, "Japanese standards: A barrier to trade?" H. Landis Gabel (cd.) op



ประกอบธุรกิจในประเทศของตน และในประเทศญี่ปุ่นก็เช่นเดียวกัน ปี ค.ศ.1982 JFTC จึงเป็นผู้ริเริ่มการส่งเสริมให้ลดการควบคุม (deregulation) ด้วยการเสนอให้ทบทวนบทบาทการควบคุมใน 16 ส่วนธุรกิจ เช่น ส่วนของการสื่อสาร โทรคมนาคมและส่วนการเงิน เป็นต้น หลังจากนั้นมา จำนวนข้อยกเว้นสำหรับการรวมตัวจากการถูกบังคับภายใต้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดที่เคยมีเป็นจำนวนมหาศาลในประเทศญี่ปุ่นก็ลดจำนวนลงเรื่อยๆ



แผนภาพแสดงถึงการลดจำนวนข้อยกเว้นการทำ Cartel ในประเทศญี่ปุ่น<sup>46</sup>

### 3.3.6 กฎหมายต่อต้านการผูกขาดกับการพัฒนาอุตสาหกรรมของประเทศญี่ปุ่นในยุคปัจจุบัน

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าที่มาของกฎหมายป้องกันการผูกขาดฉบับแรก ในปี ค.ศ.1947 มาจากการถูกบังคับ และไม่ใช่สิ่งที่ประเทศญี่ปุ่นต้องการ เพราะสังคมญี่ปุ่นนั้นเชื่อในการร่วมมือเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันยิ่งกว่าการแข่งขัน (harmonious cooperation over competition)<sup>47</sup> และเชื่อมั่นว่าพฤติกรรมความร่วมมือกันวิจัยและพัฒนา (joint R&D) นั้นเป็นสิ่งที่ส่งเสริมให้เกิดการแข่งขัน กฎหมายป้องกันการผูกขาดจึงไม่ควรเข้าไปแตะต้อง\* แม้ว่าภายหลังการปฏิรูปกฎหมายต่อต้านการผูกขาดข้อยกเว้นการรวมตัวต่างๆจะถูกยกเลิกไปเป็นจำนวนมากและทำให้การแข่งขันเสรีในประเทศญี่ปุ่นเริ่มปรากฏขึ้นซึ่งเกิดขึ้นหลังจากที่มีการประกาศใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดมาเป็น

<sup>46</sup> ที่มา: รายงานประจำปีของ JFTC

<sup>47</sup> Tetsuji YOKOTE, "Advocacy for competition: the Japanese perspective", 2003.

\* Thomas M. Jorde และ David J. Teece, "Innovation, Dynamic competition, and Antitrust policy", Regulation vol.13. โดยได้ตั้งข้อสังเกตว่า คำว่า "R&D" ในภาษาญี่ปุ่นเรียกว่า "kenkyu kaihatsu" ซึ่งมีหมายความว่ารวมไปถึงการค้าขาย (commercialization) ซึ่งน่าจะแสดงถึงว่าในประเทศญี่ปุ่นไม่มีการแบ่งแยกการวิจัยและพัฒนาออกจากการค้าขายโดยเด็ดขาด

เวลานาน แนวความคิดในการร่วมมือระหว่างผู้ประกอบการนี้ก็คือเหมือนว่าจะยังคงลรากลึกใน รูปแบบการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการญี่ปุ่นอยู่ตลอดมา

สำหรับพฤติกรรมการร่วมกันกำหนดมาตรฐาน โดยผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งกัน (ซึ่ง หมิ่นเหม่กับการรวมหัวเพื่อจำกัดการค้านั้น) กฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่นมิได้บัญญัติ ข้อยกเว้นไว้เป็นการเฉพาะ แต่คณะกรรมการ JFTC ซึ่งมีอำนาจพิจารณาให้การยกเว้นได้เป็นกรณีๆ ไปในฐานะที่เป็นหน่วยงานหลักที่บังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด เมื่อมีข้อกล่าวหาเกิดขึ้นถึง ผลในด้านการจำกัดการแข่งขันจากการร่วมกันวิจัยและพัฒนา คณะกรรมการ JFTC จะพิจารณาโดย อาศัย “หลักการทดสอบผลกระทบ” (impact test) เพื่อตัดสินว่าพฤติกรรมการรวมตัวนั้นมี ผลกระทบเป็นการจำกัดการแข่งขันที่สำคัญ (substantial restraint of competition) หรือไม่ด้วยการ นำผลในด้านหนึ่งคือ การส่งเสริมการแข่งขัน มาร่วมพิจารณาประกอบด้วย โดยชั่งน้ำหนักระหว่าง ผลทั้งสองด้านว่าอย่างไรหนึ่น้ำหนักมากกว่ากัน การชั่งน้ำหนักนี้ไม่ได้พิจารณาเฉพาะในตลาดใด ตลาดหนึ่งโดยเฉพาะเท่านั้น แต่จะพิจารณาถึงผลกระทบในตลาดอีกด้านหนึ่งด้วย (across markets) เพราะมีความเป็นไปได้ว่าจะเกิดการแข่งขันที่จู่ร่วมกันของภาคการอุตสาหกรรมที่เป็นผลจากการ ร่วมกันวิจัยและพัฒนาระหว่างบริษัทจากต่างภาคอุตสาหกรรมกัน

### 3.3.6.1 Guidelines concerning joint research and development (1993)

ในคำแนะนำเกี่ยวกับการร่วมกันวิจัยและพัฒนา ปี ค.ศ.1993 ได้กล่าวถึงความจำเป็นและ ประโยชน์ของการร่วมมือวิจัยและพัฒนาระหว่างผู้ประกอบการเพื่อให้เป็นประโยชน์ต่อการแข่งขัน และยังได้กล่าวชัดเจนว่า โดยทั่วไปแล้ว JFTC มิได้ตั้งข้อสงสัยต่อพฤติกรรมการร่วมกันวิจัยและ พัฒนาของผู้ประกอบการเสียด้วยซ้ำไป

JFTC จะอาศัยพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาด (market shares) และ โครงสร้างของตลาด (market structure) เพื่อการวิเคราะห์ผลการจำกัดการแข่งขันของการร่วมมือกันพัฒนา และยัง คำนึงถึงความต้องการของการพัฒนาและการแสดงเหตุผลในการส่งเสริมการแข่งขัน ซึ่งรวมถึง ความยากลำบากของการพัฒนาโดยหน่วยธุรกิจเพียงรายใดรายหนึ่ง การพัฒนาที่ทำได้รวดเร็วยิ่งขึ้น โดยอาศัยการร่วมมือและความรู้ความเชี่ยวชาญของผู้ร่วมทำการพัฒนา การแสวงหาสิ่งประดิษฐ์ ใหม่ๆ ในตลาดใหม่ด้วยการนำเทคโนโลยีและ know-how มาใช้ประโยชน์ร่วมกัน การเพิ่มขึ้นของ ระดับทางเทคโนโลยีของแต่ละหน่วยธุรกิจจากการแลกเปลี่ยนเทคโนโลยีระหว่างกัน

ที่น่าสังเกตว่า แม้ AMA จะกำหนดมีบทบัญญัติมาตรการเรียกค่าเสียหายเป็นสามเท่า (treble damages) แต่มาตรการดังกล่าวจะไม่นำมาใช้กับการฟ้องร้องคดีตามกฎหมายป้องกันการ ผูกขาดที่กระทำโดยฝ่ายเอกชน และการฟ้องร้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายตามปกติ (single damages) นั้นก็มีจำนวนน้อยมาก (ทั้งยังมักจะไม่ประสบผลสำเร็จในการฟ้องร้องในทางปฏิบัติ) ใน สถานะของแนวทางการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดที่มีลักษณะเอื้ออำนวยต่อการร่วมมือระหว่าง

ผู้ประกอบการเช่นนี้ จึงไม่น่าแปลกใจเลยว่าในประเทศญี่ปุ่นจะมีการร่วมมือกันทำวิจัยและพัฒนา สิ่งประดิษฐ์ระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันอยู่บ่อยครั้ง แม้ว่าการเก็บสถิติในเรื่องดังกล่าวนี้อย่างเป็นทางการเพราะในประเทศญี่ปุ่นไม่มีข้อกำหนดให้ต้องรายงานกิจกรรมการร่วมมือวิจัย พัฒนาและทำการค้า แต่ในรายงานของ JFTC ย้อนหลังไปตั้งแต่ในปี ค.ศ.1984 ได้กล่าวถึงจำนวน และความหลากหลายของกิจกรรมการร่วมมือระหว่างบริษัทดังกล่าวในประเทศญี่ปุ่น ซึ่งชี้ให้เห็นว่าการร่วมมือวิจัยพัฒนาระหว่างบริษัทในภาคอุตสาหกรรมเดียวกัน ซึ่งจัดเป็นประเภทการร่วมมือกันในแนวนอน (horizontal collaboration) อาจมีจำนวนมากถึงร้อยละ 19 จากโครงการวิจัยและพัฒนาทั้งหมด

### 3.3.6.2 Guideline for Patent and Know-How licensing agreements (1999)

ปี ค.ศ. 1999 หน่วยงาน JFTC ได้ออกคำแนะนำสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตร และ Know-How หลังจากมีการปฏิรูปกฎหมายสิทธิบัตรของญี่ปุ่นให้ขยายขอบเขตการคุ้มครองของสิทธิบัตรกว้างขึ้น ในคำแนะนำฉบับดังกล่าวมีแนวคิดต่อการให้ความคุ้มครองในทรัพย์สินทางปัญญาว่าเป็นการส่งเสริมต่อการแข่งขัน (pro-competitive) เนื่องจากช่วยสนับสนุนให้ผู้ประกอบการดำเนินการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ๆ การถ่ายโอนเทคโนโลยีด้วยการทำข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิก็เป็นการช่วยส่งเสริมการแข่งขัน แพร่กระจายเทคโนโลยีและสร้างตลาดใหม่ให้เกิดขึ้น

ในบางสถานการณ์ข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรอาจกำหนดเงื่อนไขที่เป็นการบังคับผู้ขออนุญาตใช้สิทธิและมีผลกระทบจำกัดการแข่งขัน เนื่องจากกฎหมายการแข่งขันนั้นครอบคลุมถึงการทำธุรกรรมทางเทคโนโลยีด้วย การพิจารณาจึงควรให้แน่ใจว่าการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้นจะให้ผลเป็นการส่งเสริมต่อการแข่งขัน มิใช่เป็นการคุ้มครองซึ่งจะขัดขวางต่อการแข่งขันหรือเป็นผลเสียต่อการแข่งขัน ส่วนการทำข้อตกลงแลกเปลี่ยนใช้สิทธิบัตร (cross licensing) และข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน (patent pool) โดยพื้นฐานแล้วเป็นการส่งเสริมต่อการแข่งขันและมีได้ก่อให้เกิดการจำกัดในทางการค้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรเสมอไป แต่ข้อตกลงดังกล่าวจะก่อให้เกิดการผล จำกัดการแข่งขันในบางกรณี เช่น ข้อตกลงที่มีข้อจำกัดด้านราคาหรือปริมาณการผลิต หรือเป็นการ จำกัดการแข่งขันในตลาดสินใดโดยเฉพาะอย่างแท้จริง ซึ่งข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรเหล่านี้จะถือว่าเป็น "การจำกัดในทางการค้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร" (unreasonable restraints of trade) ซึ่งมีความผิดตามมาตรา 3 ของกฎหมายการแข่งขันญี่ปุ่น\*

\* Sec. 3 ของ AMA บัญญัติว่า “No entrepreneur shall effect private monopolization or unreasonable restraint of trade”

### 3.3.6.3 Guidelines on standardization and patent pool arrangements (2005)

แม้ว่าประเทศญี่ปุ่นจะมีคำแนะนำแนวทางการพิจารณาการร่วมกันวิจัยและพัฒนาซึ่งสามารถครอบคลุมถึงการร่วมกันกำหนดมาตรฐานได้อยู่แล้ว และยังมีคำแนะนำการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันในกรณีทั่วไปอยู่แล้วเช่นกัน แต่ JFTC ก็ได้ออกคำแนะนำเพิ่มเติมอีกฉบับหนึ่งคือคำแนะนำการกำหนดมาตรฐานและการทำข้อตกลงร่วมกันเพื่อสนับสนุนการใช้มาตรฐาน ปี ค.ศ. 2005 เพื่อให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างทั้งสองสิ่งนี้เข้าด้วยกัน และแสดงแนวทางการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับพฤติกรรมการใช้ข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันประกอบกับการกำหนดมาตรฐาน\*ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยมีพื้นฐานมาจากแนวคิดของเศรษฐกิจแบบใหม่ (new economy) ดังเห็นได้จากเนื้อความในตอนต้นของคำแนะนำที่ได้เน้นย้ำถึงลักษณะของบางอุตสาหกรรมที่มักเกิดการเปลี่ยนแปลงนวัตกรรมและเทคโนโลยีที่มีการมีข้อกำหนดมาตรฐานเป็นสิ่งสำคัญสำหรับความเข้ากันได้ในตลาดใหม่และเป็นการขยายตลาดให้แพร่ขยายออกไป การร่วมกันพัฒนาข้อกำหนดมาตรฐานถือเป็นเรื่องปกติในอุตสาหกรรมเหล่านี้ และการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันก็เป็นสิ่งที่ช่วยขจัดปัญหาการใช้สิทธิบัตรซึ่งมีเป็นจำนวนมากซึ่งเป็นอุปสรรคสำคัญของการพัฒนาและแพร่กระจายมาตรฐานที่กำหนดขึ้นให้แพร่หลาย

ภายใต้คำแนะนำฉบับปี ค.ศ.2005 ได้อธิบายความเชื่อมโยงของกระบวนการกำหนดมาตรฐานและการนำมาตรฐานไปใช้โดยผ่านข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน และแบ่งการพิจารณาออกเป็นสองส่วนใหญ่ๆคือ ความพยายามที่จะทำให้กระบวนการกำหนดมาตรฐานเป็นไปโดยโปร่งใส ยุติธรรม และเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาเทคโนโลยีโดยแท้จริงส่วนหนึ่ง<sup>48</sup> (ซึ่งก็เป็นไปในลักษณะเดียวกับแนวทางการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐฯในปัจจุบัน) และการนำมาตรฐานไปใช้ผ่านข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันอีกส่วนหนึ่ง<sup>49</sup> โดยมีสาระสำคัญดังนี้

ในส่วนของการกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้\*\* JFTC เห็นว่าในอุตสาหกรรมเทคโนโลยีสารสนเทศ (IT) และอุตสาหกรรมอื่นๆที่อาศัยการเปลี่ยนแปลงของนวัตกรรมนั้น พฤติกรรมที่ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันร่วมกันพัฒนาและกำหนดข้อกำหนดมาตรฐานเพื่อการพัฒนาสินค้าใหม่ให้สามารถทำงานร่วมกันได้ถือเป็นสิ่งที่พบเห็นได้ทั่วไป โดยได้จำแนกพฤติกรรมกำหนดมาตรฐานของผู้ประกอบการไว้สามลักษณะด้วยกัน คือ

\* โปรดดูประเด็นปัญหาการผูกขาดเบ็ดเสร็จในบทที่ 1

<sup>48</sup> Japan guidelines on standardization and patent pool arrangements 2005, Part 2 “Specifications standardization activities” หน้า 2

<sup>49</sup> Japan guidelines on standardization and patent pool arrangements 2005, Part 3 “Problems under the AMA with activities to pool patents for specifications” หน้า 4

\*\* ใน Guideline ปี ค.ศ.2005 ฉบับดังกล่าวเรียกว่า “specification for product interface”



1. ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันจำนวนไม่กี่ราย ร่วมมือกันอย่างลับๆ เพื่อพัฒนาสินค้าใหม่ และขยายส่วนแบ่งตลาดโดยอาศัยการแข่งขันเพื่อทำข้อกำหนดสินค้าของตนให้เป็นมาตรฐาน
2. ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันจำนวนมากร่วมกันพัฒนาและกำหนดมาตรฐาน โดยเปิดกว้างและให้สมาชิกยื่นข้อเสนอทางเทคนิคเพื่อกำหนดเป็นมาตรฐาน โดยมีได้อาศัยการแข่งขัน
3. พฤติกรรมรูปแบบที่สามนี้มีลักษณะผสมผสานจากสองรูปแบบแรกคือ ในขั้นแรกเป็นการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันเพียงไม่กี่ราย เพื่อพัฒนาเทคโนโลยีที่เป็นแกนหลัก (core technology) สำหรับข้อกำหนดมาตรฐานอย่างลับๆ แล้วจึงเปิดกว้างและรับข้อเสนอทางเทคนิคสำหรับใช้กับเทคโนโลยีแกนหลักของตน

พฤติกรรมของผู้ประกอบการในลักษณะที่ 1 เป็นรูปแบบของมาตรฐานทางพฤตินัย (de facto standard) เสียมากกว่าจะเป็นมาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อให้เป็นมาตรฐานทางนิตินัย (de jure standard) หรือมาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้นโดยกลุ่มผู้ประกอบการ (consensus standard) ต่างจากพฤติกรรมในลักษณะที่ 2 และ 3 ซึ่งเป็นการกำหนดเพื่อให้เป็นมาตรฐานโดยไม่ต้องอาศัยการแข่งขันอันเป็นลักษณะ de jure standard และ consensus standard และการรวมกลุ่มของผู้ประกอบการยังอาจตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 8 ซึ่งควบคุมมิให้สมาคมการค้า (trade association) มีพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันหรือการค้าอีกประการหนึ่งด้วย\*

ภายใต้คำแนะนำฉบับปี 2005 นี้ได้ยกตัวอย่างพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องหรือเป็นพฤติกรรมที่เป็นอันตรายต่อการแข่งขันอย่างยุติธรรม ซึ่งหากเกิดขึ้นในกระบวนการกำหนดมาตรฐานอาจถือเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันไว้ 5 ลักษณะ คือ

1. การจำกัดราคาของสินค้าใหม่โดยข้อกำหนดมาตรฐาน เช่น การร่วมกันกำหนดราคาขายจำกัดปริมาณการผลิต จำกัดกิจกรรมการตลาด ด้วยข้อกำหนดมาตรฐานถือเป็นการจำกัดการค้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
2. การร่วมกันจำกัดการพัฒนาหรือการยอมรับมาตรฐานอื่นๆ โดยไม่มีเหตุผลที่สมควร ถือเป็นการจำกัดการค้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร แต่หากเป็นกรณีการร่วมกันพัฒนาข้อกำหนดอย่างลับๆของผู้ประกอบการไม่กี่รายและอาศัยการแข่งขันในตลาดเพื่อให้เป็นมาตรฐาน (ซึ่งมีลักษณะที่ค่อนข้างไปทาง de facto standard) การมีเงื่อนไขจำกัดเช่นนี้อาจมีความจำเป็นและสามารถกระทำได้
3. การขยายขอบเขตของข้อกำหนดมาตรฐานออกไปโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งไม่มีความจำเป็นเพื่อให้สามารถทำงานเข้ากันได้ระหว่างสินค้าของผู้ประกอบการเหล่านั้น แต่มีขึ้นเพียงเพื่อร่วมกันจำกัดการแข่งขันในการพัฒนาสินค้าใหม่เท่านั้นจึงถือเป็นการจำกัดการค้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

---

\* “สมาคมการค้า” (trade association) ตามมาตรา 2 ของ The Antimonopoly Act หมายถึง การรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไป โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมผลประโยชน์ทางธุรกิจร่วมกัน

4. การกีดกันไม่รับข้อเสนอทางเทคนิคของกลุ่มแข่งขันโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรโดยมีการไตร่ตรองไว้ก่อน ไม่ให้ได้รับเลือกในการกำหนดมาตรฐาน ถือเป็น การกระทำการผูกขาดตลาด

5. การกีดกันคู่แข่งนอกจากการกำหนดมาตรฐานโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ซึ่งเป็นเหตุให้คู่แข่งที่ไม่ได้เข้ามีส่วนร่วมนั้นอยู่ในฐานะที่อาจจะถูกกีดกันออกจากตลาด ถือเป็น การกระทำการผูกขาด

The Antimonopoly Act มีบทบัญญัติยกเว้น (exemption) สำหรับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่ต้องอยู่ภายใต้บทควบคุมของกฎหมายการแข่งขัน<sup>\*</sup> การปฏิเสธให้ใช้สิทธิบัตร (refusal to license) โดยทั่วไปแล้วไม่ถือเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของญี่ปุ่น แต่หากผู้ทรงสิทธิบัตรเข้าไปมีส่วนร่วมกับการกำหนดมาตรฐานและพยายามให้สิทธิบัตรของตนได้รับเลือกในข้อกำหนดมาตรฐาน<sup>\*\*</sup> กรณีเช่นนี้จะถูกพิจารณาว่าเป็นการขยายผลการใช้สิทธิบัตรจากการกำหนดมาตรฐานเพื่อกีดกันคู่แข่งซึ่งเป็นการใช้สิทธิเกินเลยไปจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายสิทธิบัตรและไม่ได้รับการยกเว้นตามบทบัญญัติดังกล่าว ดังนั้นการปฏิเสธให้ใช้สิทธิบัตรในมาตรฐานโดยผู้ทรงสิทธิบัตรที่มีส่วนร่วมในกระบวนการกำหนดมาตรฐานจึงอาจถือเป็นความผิดฐานกระทำการผูกขาดและถือเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่ยุติธรรม

ในส่วนของการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน (patent pool) ในฐานะเป็นวิธีการที่ส่งเสริมมาตรฐานให้แพร่หลายและส่งเสริมต่อการแข่งขันเพื่อขจัดปัญหาสิทธิบัตรที่ปิดกั้นการใช้สิทธิบัตรอีกฉบับหนึ่ง (blocking patent) และสามารถทำให้ค่าตอบแทนการใช้สิทธิบัตรโดยรวมลดลงได้ (double marginalization) แต่ในขณะที่เดียวกันการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันก็อาจถูกใช้เพื่อจำกัดการแข่งขันลงได้เช่นกัน ปัญหานี้จะถูกพิจารณาเป็นรายกรณีไปโดยแยกต่างหากจากการพิจารณาพฤติกรรมกำหนดมาตรฐาน กล่าวคือ ถึงแม้การกำหนดมาตรฐานจะชอบด้วยกฎหมายแล้ว การตรวจสอบการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรเพื่อสนับสนุนการนำมาตรฐานไปใช้ก็ยังคงมีความจำเป็น โดยจะพิจารณาจากสภาพของตลาด อย่างเช่น ส่วนแบ่งของสินค้าในมาตรฐานนั้นๆ ในตลาดที่เกี่ยวข้อง และผลกระทบต่อการแข่งขันทั้งในด้านดีและด้านลบต่อการแข่งขันจะถูกนำมาพิจารณาอย่างกว้างขวาง ดังนั้นการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในมาตรฐานผ่าน patent pool แม้จะมี

<sup>\*</sup> Section 21 “The provisions of this Act shall not apply to such acts recognizable as the exercise of rights under the Copyright Act, the Patent Act, the Utility Model Act, the Design Act, or the Trademark Act.” ซึ่งเป็นข้อยกเว้นในลักษณะเดียวกับ the Patent misuse reform Act 1988 ของสหรัฐซึ่งแบ่งแยกการใช้สิทธิภายใต้ขอบเขตของกฎหมายสิทธิบัตรไม่ถือเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐฯ

<sup>\*\*</sup> โปรดดูข้อสังเกตเรื่องนี้ ในสรุปแนวทางของประเทศญี่ปุ่นตอนท้ายส่วนนี้

เงื่อนไขที่เป็นการจำกัดสิทธิผู้ขออนุญาตใช้สิทธิบัตรบางประการก็ไม่ถือเป็นความผิดทุกกรณีแต่จะได้รับการพิจารณาเป็นรายกรณีไป

ทั้งนี้ คำแนะนำฉบับนี้เชื่อว่าผลกระทบจากการที่รวบรวมสิทธิบัตรสำหรับข้อกำหนดมาตรฐานไว้ด้วยกันจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันเพียงเล็กน้อย หากว่าส่วนแบ่งตลาดของสินค้าในมาตรฐานนั้นมีไม่มากและมีข้อกำหนดมาตรฐานอื่นอีกในตลาด หรือสามารถขอใช้สิทธิบัตรที่จำเป็นสำหรับมาตรฐานได้โดยไม่จำเป็นต้องผ่าน patent pool เท่านั้น ด้วยเหตุนี้ภายใต้คำแนะนำฉบับปี 2005 การที่ผู้ประกอบการจำนวนมากรวบรวมสิทธิบัตรของตนสำหรับมาตรฐานเข้าไว้ด้วยกัน แม้การอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรผ่าน patent pool จะปรากฏเงื่อนไขจำกัดสิทธิผู้ขออนุญาตไว้บางประการ (โดยไม่มีเงื่อนไขที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยชัดแจ้งอย่างเช่นการกำหนดราคาขายของสินค้าหรือปริมาณการผลิต) จะได้รับยกเว้นไม่ถือเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดหากว่าข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันที่มีส่วนแบ่งตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องรวมกันไม่เกินกว่าร้อยละ 20\* หรือในกรณีที่ไม่สมควรใช้ส่วนแบ่งตลาดเพื่อพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขัน (อย่างเช่นมาตรฐานที่มีลักษณะเป็นมาตรฐานระดับระหว่างประเทศซึ่งไม่ควรนำส่วนแบ่งตลาดเฉพาะในประเทศญี่ปุ่นมาพิจารณา) หากมีข้อกำหนดมาตรฐานอื่นๆที่พัฒนานอกประเทศญี่ปุ่นอยู่อย่างน้อย 4 มาตรฐานก็จะได้รับยกเว้นเช่นเดียวกัน<sup>50</sup>

แนวทางการพิจารณาข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันสำหรับมาตรฐานภายใต้คำแนะนำฉบับปี 2005 มีดังนี้

1. ประเภทของสิทธิบัตรที่นำมารวมนั้น หากเป็นสิทธิบัตรที่จำเป็น (essential patent) สำหรับมาตรฐานทั้งหมด การรวบรวมสิทธิบัตรที่จำเป็นและต้องใช้ร่วมกันเข้าไว้ด้วยกันและใช้เงื่อนไขการอนุญาตที่ตายตัวมักจะไม่มีผลกระทบต่อการแข่งขันระหว่างสิทธิบัตรจึงไม่เข้าข่ายเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาด ทั้งนี้มีหลักเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็นของสิทธิบัตรคือ สิทธิบัตรที่จะถูกละเมิดอย่างไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้จากการใช้ข้อกำหนดตามมาตรฐาน (กล่าวคือสิทธิบัตรที่ไม่มีสิทธิบัตรอื่นใช้ทดแทนได้ใกล้เคียง) รวมไปถึงสิทธิบัตรที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงการถูกละเมิดได้ในทางปฏิบัติเพื่อการใช้ข้อกำหนดมาตรฐาน แม้ว่าจะสามารถหลีกเลี่ยงได้ในทางเทคนิคก็ตาม\*\* และเพื่อให้การแยกแยะว่าสิทธิบัตรฉบับใดมีความจำเป็นสำหรับข้อกำหนดมาตรฐานเป็นไปโดยถูกต้อง ป้องกันการแยกแยะสิทธิบัตรที่จำเป็นตามอำเภอใจของผู้ทรงสิทธิบัตร การแยกแยะสิทธิบัตรจึงควรกระทำโดยผู้เชี่ยวชาญทางเทคนิคที่เป็นอิสระจาก

\* ในสหรัฐอเมริกาที่มีข้อยกเว้นสำหรับ patent pool ที่มีส่วนแบ่งตลาดไม่เกินร้อยละ 20 นี้เช่นเดียวกัน

<sup>50</sup> Japan guidelines on standardization and patent pool arrangements 2005, หน้า 6

\*\* การให้ความหมายสิทธิบัตรที่จำเป็น “ในทางปฏิบัติ” เป็นแนวทางเดียวกับที่หน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐฯใช้ในการพิจารณาคำขอตั้ง DVD patent pools

ผู้ประกอบการทั้งหลาย\* และความจำเป็นของสิทธิบัตรนี้ต้องมีอยู่ตลอดในขณะที่ถูกรวบรวมไว้ใน patent pool แม้ในขณะที่รวบรวมจะเป็นสิทธิบัตรที่จำเป็นแต่หากภายหลังปรากฏเทคโนโลยีอื่นที่สามารถใช้ทดแทนสิทธิบัตรเดิมได้ สิทธิบัตรที่ขาดความจำเป็นดังกล่าวก็ควรถูกนำออกไปจากข้อตกลงใช้สิทธิบัตรในทันที

แต่หากข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันมีสิทธิบัตรที่ไม่จำเป็นรวมอยู่ด้วย จะมีผลกระทบต่อการแข่งขันระหว่างเทคโนโลยีที่ใช้สำหรับมาตรฐาน กรณีเช่นนี้จึงอาจถือเป็นการจำกัดการแข่งขันและเป็นความผิดภายใต้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดของญี่ปุ่นได้\*\* เช่น หากสิทธิบัตรที่สามารถใช้ทดแทนกันได้ถูกรวบรวมไว้ด้วยกันและกำหนดเงื่อนไขอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบตายตัว จะทำให้การแข่งขันระหว่างสิทธิบัตรเหล่านั้นที่อาศัยการแข่งขันด้านเงื่อนไขการอนุญาตให้ใช้สิทธิถูกจำกัดลงไปและถือเป็นการจำกัดการค้าอย่างไม่เป็นธรรม หรือการที่มีสิทธิบัตรที่ทดแทนกันได้ถูกรวบรวมไว้กับสิทธิบัตรที่จำเป็น (package license) จะทำให้ผู้ที่ต้องการขออนุญาตใช้สิทธิบัตรที่จำเป็นไม่ขอใช้สิทธิบัตรที่ใช้ทดแทนกันได้อื่นๆซึ่งมิได้ถูกรวบรวมไว้ นั่นซ้ำอีก จึงเป็นการกีดกันสิทธิบัตรอื่นๆ ออกจากตลาดเทคโนโลยีและจำกัดเสรีภาพในการเลือกเทคโนโลยีของผู้ขออนุญาตใช้สิทธิ ซึ่งอาจถือเป็นการกระทำการผูกขาด

## 2. ข้อจำกัดในเรื่องของการมีส่วนร่วมใน patent pool

- การจำกัดตัวผู้ประกอบการที่สามารถเข้ามีส่วนร่วมใน patent pool โดยการกำหนดคุณสมบัติ โดยทั่วไปแล้วถือว่ามีผลอันสมควรเพื่อการบริหารจัดการ patent pool และไม่เป็นการจำกัดการแข่งขัน

- การออกกฎระเบียบเป็นการภายในเพื่อบริหารจัดการกิจกรรมที่จะกระทำใน patent pool โดยทั่วไปแล้วถือว่ามีผลอันสมควรเพื่อการบริหารจัดการและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อสมาชิกโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

อย่างไรก็ตามหากมีเงื่อนไขที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการใช้สิทธิบัตรของสมาชิกที่นำมารวมใน patent pool อย่างเช่น การห้ามสมาชิกอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิบัตรโดยไม่ผ่าน patent pool นั้น โดยทั่วไปไม่ถือว่าเป็นความจำเป็นที่มีเหตุผลอันสมควรเพื่อการบริหารจัดการกิจกรรมและอาจเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดได้

3. การบริหารจัดการกิจกรรมของ patent pool โดยทั่วไปอาจได้รับทราบข้อมูลที่เป็นความลับของผู้ขออนุญาตใช้สิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องอย่างเช่น ปริมาณการผลิตและการตั้งราคาขาย

---

\* เป็นแนวทางเดียวกับที่ปรากฏในการทำ MPEG 2 patent pool และ DVD patent pools ในสหรัฐฯ เช่นกัน

\*\* ทั้งนี้จะพิจารณาเป็นรายกรณีไปโดยนำสภาพของตลาดและผลกระทบต่อการแข่งขันมาพิจารณาร่วมด้วย



สินค้าของผู้ขออนุญาตใช้สิทธิบัตร เพื่อป้องกันการนำข้อมูลเหล่านี้ไปใช้ในทางที่มีขอบข่ายการจำกัดปริมาณการผลิตหรือการร่วมกันกำหนดราคา จึงจำเป็นต้องจำกัดการเข้าถึงข้อมูลที่เป็นความลับทางธุรกิจของผู้ขออนุญาตใช้สิทธิไว้ด้วย

การพิจารณาผลกระทบจากข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันที่มีต่อกิจกรรมทางธุรกิจของผู้ขออนุญาตใช้สิทธิในตลาดปลายน้ำ (downstream markets) ซึ่งอาจจะมีผู้ขออนุญาตใช้สิทธิที่ถูกกระทบในลักษณะเดียวกันเป็นจำนวนมาก การพิจารณาเงื่อนไขการอนุญาตให้ใช้สิทธิใน patent pool\* จึงต้องถูกประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างระมัดระวัง ดังนี้

1. การกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตให้ใช้สิทธิผ่าน patent pool ที่แตกต่างกัน จะไม่ถือเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดทุกกรณี เช่น การกำหนดขอบเขตการใช้สิทธิบัตรที่แตกต่างกัน การเรียกค่าตอบแทนการใช้ไม่เท่ากัน ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปถึงผลกระทบต่อการแข่งขันและเหตุผลของความจำเป็นของเงื่อนไขที่แตกต่างกันนั้น ตัวอย่างเช่น การกำหนดค่าตอบแทนการใช้สิทธิบัตรที่ไม่เท่ากัน โดยพิจารณาจากอุปสงค์และอุปทานในตลาดปลายน้ำ หรือจากปริมาณการผลิตของสินค้าประกอบโดยทั่วไปจะไม่ถือเป็นความผิด แต่หากการกำหนดเงื่อนไขที่แตกต่างกันนั้นเป็นไปโดยเฉพาะเจาะจงกับบางรายและปราศจากเหตุผลที่เหมาะสม อย่างเช่น การปฏิเสธการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรหรือการเรียกค่าตอบแทนที่สูงมากเกินไปเมื่อเทียบกับผู้ขออนุญาตรายอื่น หากเงื่อนไขดังกล่าวมีผลกระทบโดยตรงและรุนแรงต่อการแข่งขันของผู้ขออนุญาต ต้องเสียหายจากการกำหนดเงื่อนไขที่แตกต่างนั้น การกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้อาจถือเป็นการกระทำการผูกขาดและเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาด

ดังนั้น คำแนะนำฉบับปี 2005 นี้จึงแนะนำให้การทำ patent pool ควรกำหนดเงื่อนไขข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรโดยอาศัยหลักไม่เลือกปฏิบัติ (non-discriminatory) เพื่อป้องกันมิให้เป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดครบเท่าที่ ไม่มีเหตุผลอันสมควรเพียงพอที่จะกำหนดเงื่อนไขให้แตกต่างกัน

2. ข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรผ่าน patent pool เพื่อการใช้มาตรฐาน หากมีการกำหนดเงื่อนไขที่เป็นการจำกัดสิทธิผู้ขออนุญาตใช้สิทธิบัตร โดยลำพังหรือร่วมกับบุคคลที่สามก็ตาม เพื่อมิให้ทำการวิจัยและพัฒนา (R&D) ข้อกำหนดมาตรฐานหรือเทคโนโลยีคู่แข่งกับข้อกำหนดมาตรฐานของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิบัตร อาจถือเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าและเทคโนโลยี ซึ่งจะสร้างความผิดฐานกระทำการผูกขาดหรือการจำกัดการค้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

---

\* ซึ่งเงื่อนไขในข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรจะถูกพิจารณาเป็นรายกรณีตามคำแนะนำสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรและ Know-How ปี ค.ศ.1999

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ในการร่วมกันวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีร่วมกันอย่างลับๆของผู้ประกอบการเพียงไม่กี่ราย การกำหนดเงื่อนไขห้ามทำการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีคู่แข่งนั้นถือว่าเป็นข้อจำกัดที่มีเหตุผลอันสมควร<sup>51</sup> แต่อย่างไรก็ตามเมื่อข้อกำหนดมาตรฐานถูกพัฒนาขึ้นสำเร็จแล้ว การอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรผ่าน patent pool โดยมีเงื่อนไขจำกัดการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีคู่แข่งจะไม่ถือเป็นข้อจำกัดที่มีเหตุผลอันสมควรและเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดได้

3. การกำหนดเงื่อนไขถ่ายเทกลับ (grant-back) เพื่อให้ผู้รับอนุญาตใช้สิทธิบัตรโอนสิทธิบัตรที่ปรับปรุงให้ดีขึ้นกลับให้แก่ผู้ให้อนุญาตนั้นจะมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดเทคโนโลยีด้วยเหตุว่าการถ่ายเทกลับเทคโนโลยีที่ได้รับการปรับปรุงให้แก่ patent pool จะทำให้ patent pool มีความได้เปรียบทางเทคโนโลยีมากขึ้นและยังตัดโอกาสการพัฒนาเทคโนโลยีและข้อกำหนดมาตรฐานอื่นๆขึ้นมาแข่งขันในตลาดได้อีกด้วย และหากเทคโนโลยีในสิทธิบัตรที่ถูกปรับปรุงขึ้นนั้นสามารถใช้ทดแทนสิทธิบัตรอื่นๆที่ถูกรวบรวมไว้ใน patent pool การโอนกลับสิทธิบัตรที่ทดแทนกันได้เข้าไว้รวมกันจึงเป็นการจำกัดการแข่งขันระหว่างสิทธิบัตรเหล่านั้นและถือเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาด ในกรณีที่สิทธิบัตรที่ได้รับการปรับปรุงเป็นสิทธิบัตรที่จำเป็นสำหรับมาตรฐาน (ซึ่งไม่กระทบต่อการแข่งขันระหว่างสิทธิบัตร) การถ่ายเทกลับสิทธิบัตรที่จำเป็นให้แก่ patent pool จะสามารถกระทำได้หากเป็นการถ่ายเทกลับให้แบบไม่เด็ดขาด (non-exclusively) โดยไม่มีเงื่อนไขจำกัดการใช้สิทธิบัตรอื่นๆและเป็นเงื่อนไขที่ปฏิบัติต่อผู้ขออนุญาตใช้สิทธิบัตรทุกรายอย่างเท่าเทียมกัน

4. หากข้อสัญญาอนุญาตของ patent pool มีข้อตกลงห้ามโต้แย้ง (Non-challenge clauses) จะเป็นการตัดโอกาสของผู้รับอนุญาตในการโต้แย้งถึงความถูกต้องของสิทธิบัตร หากการโต้แย้งความถูกต้องของสิทธิบัตรมีผลทำให้ข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรทั้งหมดใน patent pool สิ้นสุดลงย่อมกระทบต่อธุรกิจของผู้ขออนุญาตใช้สิทธิมากกว่าการกำหนดให้ข้อสัญญาลิ้นลงเฉพาะกับสิทธิบัตรฉบับที่ถูกโต้แย้งเท่านั้น ข้อกำหนดที่ทำให้ข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรทั้งหมดสิ้นสุดลงเพราะเหตุการโต้แย้งความถูกต้องของสิทธิบัตรเพียงบางฉบับจึงอาจถือเป็นการร่วมกันปฏิเสธทำการค้าด้วย (concerted refusal to deal) ซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาด แต่หากข้อสัญญาอนุญาตสิ้นสุดลงเฉพาะสิทธิบัตรที่ถูกยกขึ้นโต้แย้ง จะไม่เป็นการตัดสิทธิผู้ขออนุญาตใช้สิทธิบัตรในการตรวจสอบความถูกต้องของสิทธิบัตรฉบับอื่นๆใน patent pool ดังนั้นข้อตกลงเช่นนี้จึงสามารถกระทำได้

5. การทำข้อตกลงห้ามอ้างสิทธิในสิทธิบัตรต่อผู้ให้อนุญาตใช้สิทธิบัตรและผู้รับอนุญาตใช้สิทธิบัตรรายอื่นๆ (Non-assertion of patent (NAP) clause) เพื่อห้ามผู้ขอรับสิทธิบัตรอ้างสิทธิใน

<sup>51</sup> Japan guideline concerning joint research and development under the monopoly Act ปี 1993

สิทธิบัตรที่ผู้รับอนุญาตมีอยู่หรือจะได้รับในภายหลังต่อผู้ทรงสิทธิบัตรใน patent pool และต่อผู้รับอนุญาตใช้สิทธิบัตรรายอื่นๆจาก patent pool จะส่งผลเป็นการส่งเสริมให้ patent pool มีความได้เปรียบจากการจำกัดสิทธิของผู้รับอนุญาตในการแข่งขันด้วยเทคโนโลยีอื่นและการจำกัดการแข่งขันในตลาดเทคโนโลยีอีกด้วย แต่หากเป็นบังคับกับสิทธิบัตรที่จำเป็นสำหรับมาตรฐานเพื่อให้ถูกรวบรวมไว้ใน patent pool เพื่อให้อนุญาตใช้สิทธิแบบไม่เด็ดขาดผ่าน patent pool โดยทั่วไปจะไม่ถือเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาด

### 3.3.7 บทสรุปแนวทางของประเทศญี่ปุ่น

แนวทางการพิจารณาการรวมตัวกำหนดมาตรฐานของผู้ประกอบการและการใช้สิทธิบัตรร่วมกันตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดในประเทศญี่ปุ่น รวมถึงวัฒนธรรมในการประกอบธุรกิจที่ค่อนข้างชัดเจนว่าทั้งในอดีตและปัจจุบันก็สนับสนุนต่อการรวมตัวกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อ ตลอดจนการใช้ข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันเพื่อให้เป็นประโยชน์ต่อการแข่งขัน ซึ่งการแข่งขันที่ประเทศญี่ปุ่นให้ความสำคัญในระยะแรกเริ่มมิใช่ตลาดภายในประเทศ แต่เป็นการเพิ่มศักยภาพทางการแข่งขันในระดับระหว่างประเทศเป็นสำคัญ ดังนั้นพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดความได้เปรียบในการแข่งขันในระดับระหว่างประเทศจึงได้รับการผ่อนปรนจากกฎหมายต่อต้านการผูกขาด แม้หลังจากการปฏิรูปกฎหมายต่อต้านการผูกขาดในประเทศญี่ปุ่นผ่านพ้นไปและกฎหมายต่อต้านการผูกขาดถูกนำมาใช้อย่างจริงจังเพื่อให้ตลาดภายในประเทศเกิดการแข่งขันกันอย่างแท้จริง แต่แนวความคิดในการรวมตัวที่เป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาเทคโนโลยีนี้ก็ยังคงอยู่ตลอดมา และทวีความสำคัญยิ่งขึ้นด้วยรูปแบบการแข่งขันของโลกต้องพึ่งพาความรู้เข้มข้นที่สามารถหาได้จากการร่วมมือของผู้ประกอบการในประเทศ ในคำแนะนำฉบับปี 2005 ยังเป็นคำแนะนำที่ดึงเอาพฤติกรรมที่ส่งเสริมการพัฒนาสองประการที่มีความเกี่ยวข้องกัน คือ การร่วมกันกำหนดมาตรฐานและการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันเพื่อสนับสนุนการนำมาตรฐานไปใช้ ซึ่งน่าจะเชื่อว่ามีขึ้นเพื่อส่งเสริมให้ผู้ประกอบการในประเทศญี่ปุ่นเพิ่มพฤติกรรมดังกล่าวให้มากขึ้นไปอีก เพราะผู้ประกอบการสามารถทราบแนวทางที่สมควรปฏิบัติโดยไม่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาดมิใช่เพื่อประสงค์จะห้ามปรามพฤติกรรมดังกล่าวเป็นหลัก\*

จุดที่น่าสนใจประการหนึ่งของคำแนะนำปี 2005 นี้ก็คือการแสดงข้อพิจารณาว่าการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้รับการยกเว้นจากกฎหมายต่อต้านการผูกขาด เว้นเสียแต่ผู้ทรงสิทธิบัตรนั้นจะเข้าไปมีส่วนร่วมกับการกำหนดมาตรฐานและได้พยายามให้สิทธิบัตรของตนได้รับเลือกใน

\* เหตุที่ผู้เขียนมีความเห็นเช่นนี้ เพราะในส่วนเริ่มต้นของคำแนะนำที่เป็นไปในทางที่ยอมรับถึงประโยชน์ของการรวมตัวรูปแบบดังกล่าวซึ่งมิใช่ลักษณะของการห้ามปราม แต่กล่าวจะเป็นการแนะนำให้กระทำโดยยกถึงประโยชน์ที่จะได้รับมาแสดงเสียด้วยซ้ำไป

มาตรฐาน ซึ่งดูเหมือนว่า ตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น การเข้าไปมีส่วนร่วมและพยายามให้สิทธิบัตรของตนได้รับเลือกในมาตรฐาน จะก่อให้เกิดหน้าที่ต้องให้อนุญาตใช้สิทธิบัตรนั้น (duty to license) โดยปริยาย\* ซึ่งจะขจัดปัญหาในประเด็นปัญหาการปกปิดสิทธิบัตรในระหว่างการกำหนดมาตรฐาน (hidden patent) กล่าวคือ หากผู้ทรงสิทธิบัตรเข้ามีส่วนร่วมในการกำหนดมาตรฐานและได้พยายามให้สิทธิบัตรของตนได้รับเลือกในมาตรฐาน เมื่อต่อมาสิทธิบัตรนั้นได้รับเลือกเป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐาน ผู้ทรงสิทธิบัตรจะปฏิเสธค่าของอนุญาตใช้สิทธิไม่ได้ การปฏิเสธในกรณีเช่นนี้จะถือเป็นการพยายามผูกขาดและถือเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่สมควร โดยไม่จำเป็นต้องมีข้อกำหนดหน้าที่เปิดเผยสิทธิบัตรในองค์กรกำหนดมาตรฐานกำหนดไว้อีก

น่าสังเกตว่า กรณีตามคำแนะนำปี 2005 นี้จะรวมถึงกรณีที่ผู้ทรงสิทธิบัตรเข้าไปมีส่วนร่วมและพยายามสนับสนุนสิทธิบัตรของตนเองโดยเปิดเผย ซึ่งไม่ได้ก่อให้เกิดการบิดเบือนการคัดเลือกมาตรฐานอย่างในกรณีการปกปิดสิทธิบัตร ที่เป็นพฤติกรรมที่มีผลทำให้สิทธิบัตรนั้นถูกคัดเลือกเข้าไปโดยไม่ทราบถึงความมีอยู่ของสิทธิบัตรนั้นจนทำให้มาตรฐานตกอยู่ในการควบคุมของผู้ทรงสิทธิบัตรรายใดรายหนึ่งและเป็นอุปสรรคต่อการนำมาตรฐานไปใช้งาน

แต่การเข้าไปมีส่วนร่วมและพยายามสนับสนุนให้สิทธิบัตรของตนได้รับเลือกนี้ไม่น่าจะรวมถึงกรณีที่เป็นความผิดพลาดในการตรวจสอบความมีอยู่ของสิทธิบัตรของตน ซึ่งเป็นการกระทำโดยไม่มีเจตนาปกปิด การสนับสนุนโดยไม่ทราบว่าเข้าข่ายสิ่งประดิษฐ์ในสิทธิบัตรของตนจึงไม่น่าจะถูกบังคับให้อนุญาตใช้สิทธิตามคำแนะนำฉบับนี้

ผลอีกประการหนึ่งของข้อพิจารณานี้คือ การกำหนดหน้าที่ต้องให้อนุญาตเช่นนี้จะเป็นการป้องกันการเกิดปัญหาการปฏิเสธให้ใช้สิทธิบัตรเพื่อการใช้มาตรฐานที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็น โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยข้อกำหนดให้ความยินยอมที่จะให้อนุญาตไว้ล่วงหน้าตามปกติอีกด้วย

## สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

\* โปรดสังเกตแนวทางของสหรัฐในการใช้หลักกฎหมายปิดปากกับผู้ทรงสิทธิบัตรที่เข้าร่วมในการกำหนดมาตรฐานในคดี *Stambler v. Diebold, Inc.*, 1988 WL 95479, 11 U.S.P.Q.2d 1709 (E.D.N.Y. 1988), *aff'd*, 878 F.2d 1445 (Fed. Cir. 1989) (การนิ่งเฉยในขณะที่ทราบถึงข้อกำหนดที่จะละเมิดสิทธิบัตรของตน) และพฤติการณ์ที่ถือเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดในคดี *Dell Computer and VESA VL-bus standard* 121FTC 616 (1996) (รับผิดโดยไม่เจตนาปกปิด โดยถือเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่สมควร) และคดี *Rambus, Inc v. Infineon Technologies AG*, No. Civ. A. 3:00CV524 (2001) (เจตนาฉ้อฉลการกำหนดมาตรฐานเป็นการพยายามผูกขาด)



## บทที่ 4

### การใช้กฎหมายกับพฤติกรรมความร่วมมือกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อโดยเอกชนในประเทศไทย

#### 4.1 ความสามารถในการแข่งขันของไทยในอุตสาหกรรมเศรษฐกิจแบบใหม่

จากทิศทางการพัฒนาเศรษฐกิจตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันสะท้อนให้เห็นว่าประเทศไทยมีการปรับเปลี่ยนโครงสร้างทางการผลิตจากประเทศเกษตรกรรมไปสู่การเป็นประเทศอุตสาหกรรม การก้าวไปสู่การเป็นประเทศอุตสาหกรรมของประเทศไทยจึงจำเป็นต้องเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันให้สามารถรับกับการแข่งขันทางการค้าของโลกที่ทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น อุตสาหกรรมการผลิตในประเทศไทยประกอบด้วยบริษัทขนาดใหญ่ซึ่งก่อตั้งขึ้นภายใต้กรอบการผลิตเพื่อทดแทนการนำเข้า และอุตสาหกรรมขนาดย่อมซึ่งมีการใช้เทคโนโลยีระดับพื้นๆและมีการเข้าถึงเงินทุนที่จำกัดอยู่เป็นจำนวนมาก สถานการณ์เช่นนี้ทำให้การพัฒนาเทคโนโลยีให้อยู่ในระดับแนวหน้าของภูมิภาคเป็นไปได้ยาก โดยเฉพาะในอุตสาหกรรมเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งเป็นอุตสาหกรรมเป้าหมายที่รัฐมุ่งส่งเสริม ตั้งแต่ปีพ.ศ. 2530 เป็นต้นมาประเทศไทยกลายเป็นฐานการผลิตเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์เพื่อขายในประเทศและส่งออก แต่ส่วนใหญ่ยังต้องอาศัยการนำเข้าเครื่องจักร วัตถุดิบ และเทคโนโลยีในด้านการผลิตและกระบวนการผลิตจากต่างประเทศ ในปัจจุบันประเทศไทยเป็นฐานการผลิตสินค้าไอทีที่สำคัญของโลกหลายชนิด เช่น ไทยผลิต harddisk drive ได้มากเป็นอันดับ 2 ของโลก (แต่ประเทศไทยกลับไม่มีศูนย์การวิจัยและพัฒนาเกี่ยวกับ harddisk drive)<sup>1</sup> แม้ว่าจะเป็นโอกาสที่ดีที่ทำให้เกิดการพัฒนาต่อ ยอดสินค้าเพื่อส่งออกตลาดต่างประเทศ แต่ก็มีความเสี่ยงอันเนื่องมาจากภาวะการแข่งขันที่เข้มข้นยิ่งขึ้น ที่อาจจะทำให้มีการย้ายฐานการผลิตดังกล่าวไปยังประเทศที่ค่าจ้างแรงงานต่ำกว่าไทย ดังที่มีการเริ่มย้ายฐานการผลิตผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ไปสู่ประเทศจีน เนื่องจากมีแหล่งผลิตที่ค่าแรงต่ำกว่าไทย และมีวิศวกรที่มากกว่าไทย จึงจำเป็นที่ทุกฝ่ายต้องร่วมมือกันผลักดันให้เกิดมูลค่าเพิ่มในประเทศไทยมากขึ้น โดยการสนับสนุนการวิจัยและพัฒนาในอุตสาหกรรม และการผลิตบุคลากรที่มีความสามารถสูงเข้าไปในระบบการผลิตให้มากขึ้น โดยเฉพาะในอุตสาหกรรมขนาดกลางและขนาดย่อมของไทยที่ยังต้องการเทคโนโลยีอีกมาก ซึ่งแตกต่างจากอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ที่อาศัยเทคโนโลยีจากประเทศแม่ในต่างแดนเป็นหลัก<sup>2</sup>

<sup>1</sup> McKinsey & Company, Thai productivity report “Prosperity through productivity”, 2002.

<sup>2</sup> UNIDO: ties news letter No. 49:1993: pp. 21-26.

ผลจากการศึกษาวิจัย<sup>3</sup> ทำให้ทราบว่าโครงสร้างพื้นฐานทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีของประเทศไทยยังอ่อนแอ ต้องพึ่งพาเทคโนโลยีจากต่างประเทศสูง เราลงทุนอย่างมหาศาลในการซื้อวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสำเร็จรูป แต่ลงทุนน้อยมากในการสร้างวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีเอง การทำวิจัยและการพัฒนา (Research and Development : R&D) ในประเทศที่มีน้อยมาก\* รัฐจึงควรส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาโครงสร้างในรูปแบบกลุ่มงาน คือ นอกจากสถาบันภาครัฐแล้วยังควรสนับสนุนให้สถานประกอบการมีการพัฒนาเทคโนโลยีเองอีกด้วย โดยประเทศไทยมีการใช้จ่ายเพื่อการวิจัยและพัฒนาด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทั้งสิ้นประมาณร้อยละ 0.1 ของผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ (Gross Domestic Product: GDP)<sup>4</sup> ทำให้มีขีดความสามารถในการแข่งขันจำกัด และในส่วนที่มีการพัฒนาวิจัยก็มักกระจุกตัวอยู่ในสถาบันภาครัฐเป็นส่วนใหญ่ เช่น กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี และสถาบันอย่าง NSTDA ในขณะที่ภาคเอกชนยังไม่มีบทบาทในการพัฒนาเทคโนโลยีของตัวเองเท่าที่ควร แม้ว่ารัฐบาลจะมีมาตรการในการสนับสนุนทั้งทางด้านการเงินและภาษี จากการขาดแคลนการลงทุนวิจัยในด้านนี้จากภาคเอกชนซึ่งส่วนใหญ่ยังไม่ได้ให้ความสำคัญ

สำหรับงบประมาณด้านการวิจัยและพัฒนาในทุกสาขาของภาครัฐ พบว่ามีสัดส่วนประมาณร้อยละ 0.9-1.0 ของงบประมาณรวม คิดเป็นร้อยละ 0.14 ของผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ เมื่อเปรียบเทียบแล้วประเทศไทยมีการใช้จ่ายด้านการวิจัยและพัฒนาต่ำมากเมื่อเทียบกับประเทศต่างๆ จากรายงานของ Institute for Management Development (IMD) การใช้จ่ายด้านการวิจัยและพัฒนาเมื่อเทียบกับผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ ของไทยอยู่ในลำดับที่ 46 จากประเทศที่มีการจัดลำดับทั้งหมด 49 ประเทศ\*\* (ในปี พ.ศ.2544) การใช้จ่ายด้านการวิจัยและพัฒนาที่ต่ำมากดังกล่าว นับว่าเป็นจุดอ่อนที่สำคัญต่อการพัฒนาเทคโนโลยีของประเทศไทยในระยะต่อไป เนื่องจากการขาด

<sup>3</sup> งานวิจัยเรื่อง “การเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันของอุตสาหกรรมเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์” โดย ศิริกุล จงธนาสารสมบัติ, เจริญเดช จิตรสกุลเกษ, และเบญจพล จันทร์เจริญ บริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย, พ.ศ. 2540 และงานวิจัยเรื่อง “บทบาทของสถาบันในภาครัฐบาลและภาคเอกชนที่มีต่อการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของอุตสาหกรรมไทย” โดย ดร.อรุณ เกียรติสาร, ดร.สุทธิพันธ์ จิราธิวัฒน์, และ รศดา เวชฎาพันธ์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์

\* ส่วนใหญ่เป็นการผลิตวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีเพื่อใช้เองในภาคการเกษตร ส่วนในภาคอุตสาหกรรมและ ภาคบริการส่วนมากอาศัยการนำเข้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีเป็นหลัก

<sup>4</sup> ที่มาจากสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

\*\* ในขณะที่การจัดอันดับความสามารถในการแข่งขันระหว่างประเทศโดย IMD นั้น ปรากฏว่าในปี 2545 ความสามารถในการแข่งขันของไทยเป็นอันดับที่ 34 จากประเทศต่างๆ 49 ประเทศทั่วโลก (ดีขึ้นจากอันดับที่ 38 ในปี 2544 และอันดับที่ 35 ในปี 2543).

อุตสาหกรรมต้นน้ำ ขาดการพัฒนาต่อยอดผลิตภัณฑ์อันเกี่ยวกับเทคโนโลยีจะทำให้ประเทศไทยยังคงจำเป็นต้องพึ่งพาเทคโนโลยีจากต่างประเทศ

ในการประชุมเรื่อง “การพัฒนาแผนแม่บทเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารสำหรับประเทศไทย” เพื่อระดมความเห็นต่อการจัดทำแผนแม่บทเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารครั้งที่ 1\* ผู้ที่มีส่วนได้ส่วนเสียต่อการพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารของประเทศไทย (stakeholder) ได้ให้เหตุผลในการขาดการวิจัยและพัฒนาอย่างต่อเนื่องไว้หลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการขาดสิ่งจูงใจต่อการวิจัยและพัฒนา เนื่องจากการวิจัยและพัฒนาต้องใช้เงินทุนสูง และอาจไม่ได้รับผลตอบแทน การวิจัยและพัฒนาในสถาบันอุดมศึกษายังไม่สามารถตอบสนองต่อความต้องการของภาคเอกชนมากพอ เป็นต้น

- การวิจัยและพัฒนาในภาคเอกชนของไทยยังมีไม่เพียงพอ

งานวิจัยเรื่อง "ความสามารถทางการแข่งขันของอุตสาหกรรมไทย: การส่งเสริมเทคโนโลยี ประสิทธิภาพการผลิต และการเชื่อมโยง" (Thailand's manufacturing competitiveness: Promoting technology, Productivity, and Linkages)\*\* ได้กล่าวถึงบทบาทของภาคเอกชนไทยในการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีของตัวเองไว้ดังนี้

“ประเทศที่กำลังพัฒนาไปสู่ประเทศอุตสาหกรรมเช่นประเทศไทย ควรที่จะมีการรับเทคโนโลยีมากกว่าการพัฒนาเอง และแหล่งที่มาของสินค้าทุนและเทคโนโลยีผลิตภัณฑ์มักจะมาจากประเทศอุตสาหกรรม อย่างไรก็ตามการพัฒนาภาคอุตสาหกรรมโดยหวังพึ่งการนำเข้าเทคโนโลยีเพียงอย่างเดียวโดยที่ไม่สนใจการพัฒนาแบบอื่นจะทำให้ขาดการขยายการเพิ่มผลผลิต และความสามารถทางการแข่งขัน” และ

“ในแบบจำลองเพื่อการพัฒนาเทคโนโลยีบางอัน รวมถึง NSTDA บริษัทอุตสาหกรรมถือเป็นด้านอุปสงค์ ในขณะที่ด้านอุปทานคือ สถาบันเทคโนโลยีและมหาวิทยาลัย ในความเป็นจริงบริษัทอุตสาหกรรมไม่ได้เป็นเพียงอุปสงค์ของเทคโนโลยีเท่านั้น แต่เป็นส่วนอุปทานด้วย ในประเทศอุตสาหกรรม การพัฒนาเทคโนโลยีส่วนใหญ่จะอยู่ที่บริษัทอุตสาหกรรม ซึ่งจะผลิต

\* จัดขึ้นที่โรงแรมมิราเคิล แกรนด์ คอนเวนชั่น (หลักสี่), วันที่ 21 ธันวาคม พ.ศ.2544.

\*\* เขียน โดย Dr. Shafiq Dhanani (United Nations Industrial Development Organization: UNIDO consultant) และ Dr. Philippe Scholtes (UNIDO industrial development officer) ในโครงการ Tracking manufacturing performance เดือนตุลาคม พ.ศ.2545 แปลเป็นภาษาไทยโดยสำนักงานเศรษฐกิจอุตสาหกรรม กระทรวงอุตสาหกรรม.

เทคโนโลยีที่ต้องใช้เอง โดยเฉพาะกิจกรรมที่ห้าถึงสิบ\* และมีการผลิตเทคโนโลยีที่ใช้ในบริษัท เป็นส่วนใหญ่ ถ้าดูจากประเทศ OECD จะมีสัดส่วนการผลิตเทคโนโลยี 60 – 70 เปอร์เซ็นต์ ในขณะที่ 15 – 20 เปอร์เซ็นต์ และ 10 – 15 เปอร์เซ็นต์ เกิดจากภาคการศึกษาระดับสูง และ ภาครัฐบาล ซึ่ง สัดส่วนนี้จะสูงขึ้นในอุตสาหกรรม R&D นอกจากนี้ การไหลเวียนของความรู้ระหว่าง บริษัทผู้ผลิต และลูกค้าทำให้เกิดโครงสร้างของการไหลเวียนของความรู้ ในระบบการพัฒนาเทคโนโลยี ซึ่ง มากกว่า 50 เปอร์เซ็นต์ ของบริษัท พิจารณาว่าเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลการสำรวจครั้งล่าสุด การ ย้ายบริษัทของแรงงานทำให้เกิดการไหลเวียนของความรู้ ซึ่งเป็นความสำคัญเป็นอันดับต้นๆ ถึง หนึ่งในสี่ของบริษัทเกาหลี มากกว่าสิทธิบัตรและความช่วยเหลือทางเทคนิคจากต่างประเทศ จะมีนโยบาย สองอันที่อยู่ในส่วนนี้ คือ มาตรการเพื่อเสริมสร้างความแข็งแกร่งให้กับสถาบันที่ทำ หน้าที่พัฒนาทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี และมาตรการเพื่อเพิ่มความแข็งแกร่งให้กับศักยภาพ และกิจกรรมของบริษัท โดยตระหนักถึงการพัฒนาเทคโนโลยีเพื่อใช้เอง"

จากงานวิจัยชิ้นนี้ทำให้เห็นได้ว่าในขณะที่ประเทศไทยยังมีความจำเป็นต้องรับเทคโนโลยี จากประเทศพัฒนาแล้วมาใช้ แต่ก็ไม่ควรละเลยการพัฒนาเทคโนโลยีขึ้นเองควบคู่กัน ไป ผู้ที่ทำ หน้าที่ผลิตผลงานวิจัยเทคโนโลยีจึงไม่ควรเป็นหน่วยงานของรัฐและสถาบันการศึกษาเท่านั้น แต่ บริษัทเอกชนต่างๆควรที่จะให้ความสำคัญกับ R&D ให้มากขึ้นเพื่อยกระดับความสามารถทางการ แข่งขันของประเทศไทยให้สูงขึ้น การร่วมกันจัดตั้งมาตรฐานความเชื่อมต่อและความเข้ากันได้ก็

\* ในงานวิจัยชิ้นดังกล่าวแบ่งแยก 10 กิจกรรมเพื่อการพัฒนาเทคโนโลยีออกเป็นสามกลุ่มใหญ่ๆ ได้ดังนี้  
กลุ่มการได้มาซึ่งเทคโนโลยี (ข้อ 1-4)

1. อุปกรณ์หรือเครื่องจักรใหม่ๆ ในโรงงาน
2. ปัจจัยการผลิตและส่วนประกอบใหม่ๆ ในรูปแบบที่มีอยู่
3. โรงงานต้นแบบ (Turn-key plants)
4. สินค้าที่ใช้เทคโนโลยีใหม่ในการผลิตภายใต้การออกแบบเดิมและรายละเอียดเดิม  
กิจกรรมการออกแบบและวิศวกรรม (ข้อ 5-8)
5. การใช้วิศวกรรมเพื่อพัฒนากระบวนการผลิต
6. พัฒนาในรูปแบบสินค้าและรายละเอียดสินค้า
7. พัฒนาการขนส่งและการเชื่อมโยงกับผู้ผลิตอย่างต่อเนื่อง
8. การออกแบบ และ การลอกเลียนแบบ (reverse-engineering) และการเชื่อมโยงกับผู้ผลิตอุปกรณ์ และวัสดุใหม่ๆ  
การวิจัยและพัฒนา (ข้อ 9 และ 10)
9. หาเทคโนโลยีและวิจัยเพื่อพัฒนาระดับเทคโนโลยี
10. การวิจัยเทคโนโลยี รวมถึงการออกแบบและวิศวกรรมเพื่อหาขั้นตอนการผลิตและสินค้าใหม่



เป็นอีกวิธีหนึ่งที่จะถูกนำมาใช้เพื่อส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาเทคโนโลยี ความร่วมมือของผู้ประกอบการต่างๆจะทำให้สามารถใช้ประโยชน์จากความรู้แบบแฝง\*ที่ไม่สามารถถ่ายทอดให้แก่อันทางสิทธิบัตรได้ อีกทั้งยังช่วยให้เกิดการร่วมมือด้านการเงินและการตลาดของผลิตภัณฑ์ใหม่ๆ อันจะช่วยเพิ่มสัดส่วนการผลิตเทคโนโลยีในภาคเอกชนให้มากขึ้นได้

การพัฒนาขีดความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบการไทยในอุตสาหกรรมที่ขับเคลื่อนด้วยนวัตกรรม ภายใต้ข้อจำกัดหลายด้านอย่างเช่น บุคลากรที่เชี่ยวชาญ เงินลงทุนและความเสี่ยงภัยในการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยี อุปสรรคเหล่านี้อาจบรรเทาลงได้ด้วยการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการ แต่การกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้แม้ว่าเป็นวิธีหนึ่งที่สามารถเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาเทคโนโลยีขึ้นเป็นของตนเอง แต่ก็อาจถูกใช้เป็นการจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งกันได้เช่นกัน กฎหมายการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีบทบาทสำคัญในการกำกับให้ผู้ประกอบการใช้การร่วมกันกำหนดมาตรฐานในทางสร้างสรรค์และเป็นประโยชน์ต่อการแข่งขันและผู้บริโภค แนวทางในการใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมดังกล่าวจึงต้องคำนึงถึงเหตุและผลที่อยู่เบื้องหลังในแง่มุมต่างๆมาประกอบ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดมาตรฐานที่มีผลกระทบจากเครือข่าย และส่งผลไปสู่การผูกขาดตามธรรมชาติ การกำกับดูแลการผูกขาดตามธรรมชาติจากมาตรฐาน เป็นต้น

#### 4.2 วิเคราะห์การร่วมกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้โดยผู้ประกอบการในประเทศไทย

การใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ต้องอาศัยทั้งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ซึ่งได้นำแนวทางการควบคุมพฤติกรรม (Conduct control) มาใช้โดยเกิดจากแนวความคิดว่าการแข่งขันในตลาดไม่ได้นำมาซึ่งความมีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ (economic efficiency) และประโยชน์ของสังคมโดยรวมเสมอไปจึงไม่ได้คำนึงถึงเฉพาะที่การแข่งขันเพียงอย่างเดียว แต่จะต้องคำนึงถึงประสิทธิภาพและการพัฒนาเศรษฐกิจในประเทศร่วมด้วย

การพิจารณาผลทางกฎหมายของการร่วมกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้ของผู้ประกอบการตามกฎหมายการแข่งขันของประเทศไทยจะแยกออกเป็นสองกรณี คือ

---

\* ความรู้แบบแฝง (tacit knowledge) หมายถึงความสามารถในเชิงประสบการณ์ (experience) ความชำนาญ (know-how) ของบุคลากรที่ไม่สามารถเขียนออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรและถ่ายทอดให้แก่อันโดยง่าย (ประโยชน์ของความรู้แบบแฝงโดยละเอียดสามารถดูได้ในบทที่ 2)

- การร่วมกันกำหนดมาตรฐานของกลุ่มผู้ประกอบการทั่วไป (ใช้มาตรา 27)
- การร่วมกันกำหนดมาตรฐานของกลุ่มผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตลาด (ใช้มาตรา 25)

#### 4.2.1 การร่วมกันกำหนดมาตรฐานของกลุ่มผู้ประกอบการทั่วไป

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมพฤติกรรมผู้ประกอบการธุรกิจ(ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นผู้มีอำนาจตลาด) ไม่ให้ยุติการแข่งขันระหว่างกันด้วยการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันตามมาตรา 27 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่สร้างกติกาส่งตลาดให้มีการแข่งขันและสามารถทำงานได้ด้วยตนเอง ดังนี้

“มาตรา 27 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบการอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) กำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ

(2) กำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าหรือบริการ

(3) ทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาด

(4) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ

(5) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายหรือลดการจำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้ได้โดยผู้ประกอบการอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นแข่งขัน

(6) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือบริการได้ หรือกำหนดตัวผู้ซึ่งผู้ประกอบการจะซื้อสินค้าหรือบริการได้

(7) กำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะผลิต ซื้อจำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

(8) ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่าย หรือให้บริการ โดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น

(9) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน

(10) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการ

บริการ เพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน

ในกรณีที่มีความจำเป็นทางธุรกิจที่ต้องกระทำการตาม (5) (6) (7) (8) (9) หรือ (10) ในระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่ง ให้ผู้ประกอบการธุรกิจยื่นคำขออนุญาตต่อคณะกรรมการตามมาตรา 35”

มาตรา 27 ได้กำหนดพฤติกรรรมรูปแบบต่างๆที่ถือเป็นความผิดในตัวเอง (per se) ซึ่งช่วยให้การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันมีความชัดเจนและลดปัญหาจากการตีความโดยผู้บริหารกฎหมาย อย่างไรก็ตาม มาตรา 27 วรรคท้ายยังได้เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีความจำเป็นทางธุรกิจขอผ่อนผันในการกระทำการรูปแบบได้ตามสมควรภายในชั่วระยะเวลาหนึ่ง เพื่อลดความแข็งแกร่งต่างของบทบัญญัติแบบความผิดในตัวเองลงโดยอาศัยดุลยพินิจของผู้บริหารกฎหมายพิจารณาเหตุผลตามความเหมาะสมเป็นแต่ละกรณีไป

องค์ประกอบของมาตรา 27 ในส่วนแรกประกอบด้วย

- ต้องมีผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปร่วมมือกัน
- กระทำการอันการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน
- ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง

มีปัญหาว่า เราควรจะถือว่าการร่วมกันกำหนดมาตรฐานนั้นเป็นการกระทำที่เป็นการผูกขาดหรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันหรือไม่ เพราะดังที่ได้ศึกษาผ่านไปในบทที่ 1 แล้วว่าการร่วมกันกำหนดมาตรฐานสามารถให้ผลได้ทั้งการจำกัดการแข่งขันในระดับมาตรฐาน และในขณะเดียวกันก็สามารถส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในตลาดสินค้าที่ใช้มาตรฐานได้เช่นเดียวกัน

ในการพิจารณาปัญหานี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าถึงแม้ในภาพรวม การร่วมกันกำหนดมาตรฐานจะสามารถส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันระหว่างผู้ผลิตสินค้าภายใต้มาตรฐานเดียวกัน แต่เราก็ควรแยกพิจารณาผลกระทบจากการร่วมกันกำหนดมาตรฐานในแต่ละตลาดที่เกี่ยวข้อง\* เนื่องจากหากเราพิจารณาเฉพาะผลกระทบที่เกิดขึ้นในตลาดปลายทาง โดยไม่สนใจต่อผลกระทบที่มีต่อตลาดต้นน้ำซึ่งมีความสำคัญในฐานะปัจจัยสำหรับการผลิตในตลาดปลายทางด้วยแล้ว หากตลาดต้นน้ำถูกผูกขาดโดยผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งก็ย่อมส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดปลายทางไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เช่น การขึ้นอัตราค่าตอบแทนการใช้เทคโนโลยีที่จำเป็นสำหรับผลิตสินค้าภายใต้มาตรฐาน ก็ย่อมส่งผลให้สินค้าที่ผลิตมีราคาสูงขึ้นอันเนื่องมาจากต้นทุนการผลิตที่สูงขึ้นดังกล่าว ในแง่ของประสิทธิภาพ การผูกขาดในตลาดเทคโนโลยีอาจทำให้เทคโนโลยีไม่ได้รับการพัฒนาเนื่องจากผู้ประกอบการที่ผูกขาดสามารถกีดกันคู่แข่งไม่ให้เข้าสู่ตลาดเทคโนโลยี

\* ในกรณีนี้คือ ตลาดนวัตกรรม ตลาดเทคโนโลยี และตลาดสินค้าภายใต้มาตรฐาน (ซึ่งเป็นตลาดปลายทาง)

จึงไม่จำเป็นต้องลงทุนพัฒนาเทคโนโลยีของตนให้มีประสิทธิภาพดีขึ้นเพื่อแข่งขันกับ  
 ผู้ประกอบการรายอื่นๆ ประสิทธิภาพของสินค้าในตลาดปลายทางก็จะถูกปิดกั้นการพัฒนา  
 ประสิทธิภาพตามไปด้วย ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การพิจารณาผลกระทบจากการกระทำใดๆ  
 ของผู้ประกอบการจึงควรได้รับการพิจารณาโดยตลอดทั้งสาย กล่าวคือ ต้องพิจารณาตั้งแต่ตลาดต้น  
 น้ำ กลางน้ำ ไปตลอดถึงปลายทางว่าถูกกระทบจากการกระทำร่วมกันอย่างไร แล้วจึงนำผลกระทบ  
 ในภาพรวมมาพิจารณาประกอบ

ดังนั้นผลของการพิจารณาในกรณีการรวมตัวกำหนดมาตรฐานนี้ หากไม่มีการร่วมกัน  
 กำหนดมาตรฐาน ในตลาดอาจจะมีสินค้าที่หลากหลายและมีการแข่งขันระหว่างกัน (ดังเช่นที่เคย  
 ปรากฏในตลาดเครื่องวีดีโอเทปที่มีการแข่งขันระหว่างระบบ BetaMax และ ระบบ VHS) แต่เมื่อ  
 ผู้ประกอบการร่วมกันกำหนดมาตรฐาน อาจทำให้การแข่งขันกันระหว่างระบบต่างๆในตลาด  
 เทคโนโลยีถูกจำกัดลงไปเนื่องจากผู้ประกอบการหันมาใช้ระบบที่เป็นอย่างเดียวกัน ทำให้  
 ผู้ประกอบการสามารถหลีกเลี่ยงการแข่งขันในระดับมาตรฐานระหว่างกันได้ และหากว่า  
 ผู้ประกอบการสามารถกีดกันผู้ประกอบการอื่นออกไปจากมาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้นได้แล้ว ผลของ  
 การกระทำจะเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าภายใต้มาตรฐานนั้น ได้อีกด้วย\* ด้วยเหตุผล  
 ดังกล่าว พฤติกรรมการร่วมกันกำหนดมาตรฐานฯจึงเป็นการร่วมกันผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือ  
 จำกัดการแข่งขันในตลาดเทคโนโลยี (และอาจรวมไปถึงตลาดสินค้าภายใต้มาตรฐานอีกด้วย)

องค์ประกอบในส่วนที่สองของมาตรา 27 คือ การกระทำที่เป็นการผูกขาด จำกัดการแข่งขัน  
 หรือลดการแข่งขันนั้น ต้องเป็นไปในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้ใน (1)-(10)

ปัจจัยที่ส่งผลต่อการแข่งขันสำหรับการกำหนดมาตรฐานวิธีวิธีซึ่งเป็นมาตรฐานการเชื่อมต่อ  
 ในอุตสาหกรรมแบบเครือข่าย จะแบ่งออกเป็นสองประเภทหลักๆ คือ

1) อุปสรรคตามธรรมชาติ เนื่องจากอุตสาหกรรมแบบเครือข่ายโดยสภาพอาจเกิดการผูกขาด  
 ขึ้นได้โดยธรรมชาติ อันเนื่องมาจากผลกระทบจากเครือข่าย\*\* โดยปัจจัยย่อยที่ส่งผลต่อความรุนแรง  
 ของผลกระทบจากเครือข่าย ได้แก่

- ระดับของปัญหาจากความเข้ากันได้ ในอุตสาหกรรม

มาตรฐานวิธีวิธีนั้นมีความเกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมต่างๆเป็นจำนวนมากเพราะถูกวางให้เป็น  
 สื่อบันทึกข้อมูลที่หลากหลาย (ซึ่งเป็นที่มาของการเปลี่ยนชื่อจาก Digital Video Disc มาเป็น Digital  
 Versatile Disc) โดยอุตสาหกรรมหลักที่เกี่ยวข้องคือ อุตสาหกรรมอิเล็กทรอนิกส์ อุตสาหกรรม  
 คอมพิวเตอร์และอุตสาหกรรมเทคโนโลยีสารสนเทศ ซึ่งล้วนแล้วแต่มีประเด็นเรื่องความเข้ากันได้

\* โปรดดูรายละเอียดเรื่องการผูกขาดเบ็ดเสร็จในบทที่ 1 ประกอบ

\*\* โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 1



(compatibility) ในระดับสูงทั้งสิ้น ทำให้ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากมาตรฐานดีวีดีย่อมมีในระดับสูง เพราะจะเกิดอุปสรรคทางเทคนิคในการเข้าสู่เครือข่ายที่สูงตามไปด้วย

- ขนาดของเครือข่าย

ผลกระทบของเครือข่ายทั้งในด้านอุปสงค์และอุปทานจะสัมพันธ์กับ “ขนาด” ของเครือข่าย โดยที่มาตรฐานความเข้ากันได้จะเป็นสิ่งกำหนดว่าสินค้าชิ้นนั้นอยู่ในเครือข่ายในระบบใด ขนาดของเครือข่ายจะมีผลสำคัญต่อการแข่งขันทั้งในตลาดเทคโนโลยีและตลาดสินค้า ตามแนวทางในการพิจารณาผลกระทบจากขนาดของเครือข่ายในสหรัฐและญี่ปุ่นนั้น โดยทั่วไปถือส่วนแบ่งในตลาดที่เกี่ยวข้องของผู้ที่ร่วมกำหนดมาตรฐานรวมกันไม่เกินกว่าร้อยละ 20 จะถือว่าเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันเพียงเล็กน้อยและได้รับการยกเว้นเป็นกรณีพิเศษตามกฎหมายการแข่งขัน อย่างไรก็ตามแม้ว่าส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละ 20 ก็ไม่ได้หมายความว่าจำเป็นต้องห้ามตามกฎหมาย เพียงแต่ถือว่าเป็นจำนวนที่มากเพียงพอที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การพิจารณาผลกระทบจากการร่วมกันกำหนดมาตรฐานที่จะถือเป็นการผูกขาด จำกัดการแข่งขัน หรือลดการแข่งขันตามมาตรา 27 ซึ่งควรต้องมีขนาดพอสมควรที่จะกระทบต่อการแข่งขันในตลาด อาจจะต้องพิจารณาเบื้องต้นตามแนวทางของประเทศเหล่านี้เป็นทางเลือกหนึ่งก็ได้

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าการพิจารณาผลกระทบควรต้องแยกพิจารณาออกเป็นแต่ละตลาดที่เกี่ยวข้อง สำหรับการกำหนดขอบเขตของตลาดตามภูมิศาสตร์ ตามแนวทางการพิจารณาของประเทศญี่ปุ่นจะไม่จำกัดขอบเขตการพิจารณาส่วนแบ่งตลาดอยู่แต่เฉพาะตลาดภายในประเทศ แต่สามารถนำส่วนแบ่งตลาดในขอบเขตระดับระหว่างประเทศมารวมด้วย เนื่องจากสภาพของสินค้า (เทคโนโลยี) สามารถถ่ายโอนให้แก่กันได้โดยง่ายและมีค่าใช้จ่ายเพียงเล็กน้อย ทั้งยังถือเป็นสินค้าที่มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าที่ไม่จำกัดอยู่เพียงตลาดภายในประเทศ อย่างไรก็ตามในข้อนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การพิจารณาผลกระทบจากการร่วมกันกำหนดมาตรฐานของผู้ประกอบการในประเทศไทยนั้น ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องในตลาดเทคโนโลยีที่เหมาะสมอาจจะถือเพียงภายในประเทศไทยเท่านั้น เนื่องจากแนวโน้มของการกำหนดมาตรฐานภายในประเทศไทยน่าจะเป็นการใช้อยู่ภายในประเทศไทยเป็นหลัก เพราะคงต้องยอมรับว่าผู้ประกอบการในประเทศไทยส่วนใหญ่ยังไม่มีความสามารถในการส่งออกเทคโนโลยีได้อย่างผู้ประกอบการจากประเทศพัฒนาต่างๆ หากยินยอมให้นำส่วนแบ่งตลาดของเทคโนโลยีในต่างประเทศมารวมคำนวณอาจจะทำให้ส่วนแบ่งตลาดที่ได้น้อยกว่าผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจริง (ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบการในประเทศไทยมีส่วนแบ่งตลาดเทคโนโลยีในประเทศถึงร้อยละ 50 และมีการส่งออกเทคโนโลยีไปยังประเทศเพื่อนบ้านเพียงเล็กน้อย หากยอมให้มีการนำส่วนแบ่งตลาดในต่างประเทศที่ส่งออกนั้นมารวมคำนวณ ส่วนแบ่งตลาดที่ได้ก็ย่อมจะน้อยกว่าผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการรวมตัวในความเป็นจริงได้)

กรณีของมาตรฐานดีวีดีนั้น ผู้ประกอบการที่เข้าไปมีส่วนร่วมในการกำหนดมาตรฐานล้วนแต่เป็นผู้ประกอบการรายใหญ่ในตลาดที่เกี่ยวข้อง (โดยเฉพาะกับอุตสาหกรรมอิเล็กทรอนิกส์) ดังนั้นการพิจารณาขนาดของส่วนแบ่งการตลาดในกรณีนี้จึงน่าจะเชื่อว่าส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน ได้อย่างมาก

## 2) อุปสรรคทางกฎหมายจากทรัพย์สินทางปัญญา

เนื่องจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิในเชิงปฏิเสธ ที่สามารถใช้กีดกันผู้อื่นออกไปจากการใช้ การผลิตทรัพย์สินทางปัญญาของตน การร่วมกันกำหนดมาตรฐานที่มีทรัพย์สินทางปัญญาประกอบจึงส่งผลให้ผู้ประกอบการสามารถกีดกันคู่แข่งออกไปจากการแข่งขันในตลาดสินค้าภายใต้มาตรฐานได้อีกด้วย ปัญหานี้นับเป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันในตลาดที่รุนแรงกว่าอุปสรรคตามธรรมชาติ เพราะสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะเป็นอุปสรรคทางกฎหมายในการเข้าสู่ตลาดที่สามารถกีดกันคู่แข่งได้ทั้งหมด เมื่อเทียบกับอุปสรรคโดยธรรมชาติที่ยังอาจจะมีการแข่งขันในตลาดหลงเหลืออยู่ได้บ้างตามแต่กรณี

เมื่อพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันอันเกิดจากการร่วมกันกำหนดมาตรฐานทั้งสองประการดังกล่าว ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการร่วมกันกำหนดมาตรฐานดีวีดีนี้จึงน่าจะถือได้ว่าเป็นการตกลงกันเพื่อเข้าครอบงำตลาดหรือควบคุมตลาด (ทั้งตลาดเทคโนโลยีและตลาดสินค้าในกรณีที่มีทรัพย์สินทางปัญญาเข้ามาเกี่ยวข้อง) ซึ่งเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 27 (3)

และจะเกิดคำถามตามมาอีกว่า หากผู้ประกอบการที่ร่วมกันกำหนดมาตรฐานพร้อมใจกันจำกัดสิทธิเด็ดขาดในทรัพย์สินทางปัญญาลงจะยังคงถือเป็นการเข้าครอบงำตลาดหรือควบคุมตลาดได้อีกหรือไม่

ผู้เขียนมีความเห็นว่า โดยสภาพของมาตรฐานซึ่งประกอบไปด้วยทรัพย์สินทางปัญญาต่างๆ รวมเข้ามามีร่วมกันตามข้อกำหนดที่ตกลงกันไว้นั้น หากปราศจากการคุ้มครองตามกฎหมายสิ่งประดิษฐ์นั้นก็สามารถถูกลอกเลียน ทำซ้ำ เพื่อนำไปใช้ได้โดยอิสระ ดังนั้น แม้ว่าการกำหนดมาตรฐานนั้นจะส่งผลให้เกิดการผูกขาด จำกัดการแข่งขัน หรือลดการแข่งขันในตลาดด้วยผลของอุปสรรคตามธรรมชาติ แต่เมื่อปราศจากอุปสรรคทางกฎหมาย ผู้ประกอบการต่างๆก็สามารถเข้าไปใช้มาตรฐานนั้นได้โดยที่ไม่มีใครสามารถปิดกั้นการใช้มาตรฐานนั้นได้ (ซึ่งจะแตกต่างจากสภาพของทรัพย์สินที่มีรูปร่างซึ่งถึงแม้ไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองกรรมสิทธิ์ แต่โดยสภาพของทรัพย์สินอาจตกอยู่ภายใต้การครอบครองของบุคคลใดบุคคลหนึ่งก็เป็นได้) น่าจะถือว่าตลาดเทคโนโลยีและ

ตลาดสินค้านั้นพ้นจากการครอบงำหรือการควบคุมของผู้ประกอบการรายใดหรือกลุ่มใด ซึ่งจะไม่  
ต้องห้ามตามมาตรา 27 (3)

คำถามต่อไปก็คือ แล้วสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ถูกจำกัดลงเพื่อไม่ให้มีอำนาจ  
ครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาดนั้น ต้องถูกจำกัดลงมาในระดับใด

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การจำกัดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อไม่ให้มีอำนาจครอบครอง  
ตลาดหรือควบคุมตลาดตามมาตรา 27 (3) นั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นการละสิทธิที่กฎหมายให้ความ  
คุ้มครองลงทั้งหมด แต่ควรต้องเป็นการจำกัดสิทธิที่จะมีผลกระทบต่อการนำมาตรฐานไปใช้  
ประโยชน์โดยบุคคลอื่นเช่น การไม่กีดกันออกไปจากการผลิต การใช้ การจำหน่ายสิ่งประดิษฐ์ แต่  
อาจไม่จำเป็นต้องรวมถึงสิทธิในการดัดแปลงสิ่งประดิษฐ์ เช่นนี้เป็นต้น และการจำกัดสิทธินั้นก็  
เพียงแต่จำกัดสิทธิเฉพาะสำหรับการนำไปใช้ตามมาตรฐาน (field of use) โดยไม่จำเป็นต้องละ  
สิทธิในส่วนที่ไม่เกี่ยวข้องกับมาตรฐาน

และสิ่งที่จะต้องละอีกประการหนึ่งเพื่อไม่ให้กระทบต่อการนำทรัพย์สินทางปัญญาไปใช้ตาม  
มาตรฐานก็คือ สิทธิในการได้รับค่าตอบแทน เพราะหากว่าผู้ทรงสิทธิให้ความยินยอมล่วงหน้าว่าจะ  
ให้อนุญาตใช้ทรัพย์สินทางปัญญาของตน แต่ต้องเสียค่าตอบแทน ก็ย่อมเป็นเงื่อนไขอยู่ดีว่า หากไม่  
ยอมเสียค่าตอบแทนก็ไม่สามารถใช้ทรัพย์สินทางปัญญานั้นได้ กรณีนี้จึงต้องยังถือว่ามีผลกระทบต่อ  
การใช้ประโยชน์ของผู้อื่น ด้วยเหตุนี้ การร่วมกันกำหนดมาตรฐานดีวิถี แม้ว่าจะยินดีให้อนุญาต  
แก่ผู้อื่นโดยไม่มีกรปิดกั้น (fair) แต่การเรียกค่าตอบแทนการใช้สิทธิแม้จะอยู่ในระดับที่พอเหมาะ  
(reasonable) แต่ก็ไม่สามารถถือว่าเป็นปราศจากอำนาจครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาดได้

กรณีที่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจนสามารถถือว่าเป็นปราศจาก  
อำนาจครอบครองตลาดได้ก็คือ การให้ความยินยอมล่วงหน้าให้ใช้ทรัพย์สินทางปัญญาโดยไม่เรียก  
ค่าตอบแทน (royalty free) หรืออาจจะเรียกค่าตอบแทนเพียงเล็กน้อยสำหรับเป็นค่าใช้จ่ายสำหรับ  
ดำเนินการซึ่งไม่มีผลกระทบในการนำทรัพย์สินทางปัญญาไปใช้ในสาระสำคัญ การร่วมกันกำหนด  
มาตรฐาน โดยมีข้อจำกัดสิทธิลักษณะนี้จึงน่าจะสามารถกระทำได้โดยไม่ถือเป็นความผิดตามมาตรา  
27 (3)

- การร่วมกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อจะถือเป็นการกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับ  
การซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการ เพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน  
ตามมาตรา 27 (10) ได้หรือไม่

มาตรา 27 (10) นี้เป็นกรณีของการแทรกแซงกลไกตลาดในด้านเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติในการ  
ซื้อหรือจำหน่ายสินค้าหรือบริการ เนื่องจากการเสนอเงื่อนไขดังกล่าวควรเป็นไปโดยอิสระที่  
ผู้ประกอบการจะเห็นสมควร ซึ่งจะก่อให้เกิดการแข่งขันด้านเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติระหว่างกัน

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การร่วมกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อ โดยสภาพเป็นการทำความตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ เพื่อให้การผลิตสินค้าภายใต้มาตรฐานเดียวกันสามารถใช้งานร่วมกันหรือทดแทนกันได้อย่างสมบูรณ์ โดยมีได้มีความตกลงไปว่าจะขออนุญาตใช้หรือจะให้อุญาตใช้เทคโนโลยีเหล่านั้นในเงื่อนไขอย่างไร ซึ่งจะอยู่ในส่วนของการวิเคราะห์การอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรสำหรับการนำมาตราฐานดีวิถีไปใช้ซึ่งมีการจัดทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกัน

สำหรับมาตรการตรวจสอบกระบวนการกำหนดมาตรฐานเพื่อให้เป็นไปโดยยุติธรรม และปราศจากการรวมตัวกันเพื่อเหตุผลในทางต่อต้านการแข่งขันอย่างเช่น การร่วมกันกำหนดราคา จำกัดปริมาณการผลิต หากถูกตรวจสอบพบก็จะมีคามผิดตามมาตรา 27 (1)-(10) ซึ่งเป็นการตรวจสอบกระบวนการกำหนดมาตรฐานไม่ให้ถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน

ด้วยเหตุผลที่การบัญญัติกฎหมายในมาตรา 27 (1)-(10) มีลักษณะเป็นความผิดโดยตนเอง ทำให้ผู้บริหารกฎหมายไม่สามารถนำเหตุผลด้านต่างๆมาประกอบการพิจารณา การร่วมกันกำหนดมาตรฐานแม้จะมีเหตุผลรองรับ อย่างเช่น ความจำเป็นในการร่วมมือพัฒนา การลงทุน และเสริมสร้างประโยชน์การใช้สอยอันเป็นการเพิ่มคุณค่าให้แก่สินค้าก็ตาม ดังนั้นบทบัญญัติในวรรคท้ายจึงนำเอาวิธีการขออนุญาต (Authorization) มาใช้เพื่อให้กฎหมายเกิดความยืดหยุ่นในการบังคับใช้โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของส่วนรวม เป็นช่องทางยกเว้นให้สามารถขออนุญาตดำเนินการที่เป็นการลดการแข่งขันได้ภายใต้การกำกับดูแลและตรวจสอบจากภาครัฐ แต่การขอยกเว้นดังกล่าวจำกัดอยู่เฉพาะ (5)-(10) เท่านั้น มาตรา 27 (3) จึงขาดความยืดหยุ่นในการบังคับใช้กฎหมายไปอย่างน่าเสียดาย แม้การร่วมกันกำหนดมาตรฐานดังกล่าวก็มีเหตุผลทางธุรกิจที่สมเหตุสมผล อย่างเช่น เพื่อประโยชน์ในการทำตลาดสินค้าใหม่ เพื่อให้เกิดประโยชน์ในการใช้มาตรฐานที่แพร่หลาย ที่น่าจะถือเหตุผลความจำเป็นทางธุรกิจที่สามารถให้การยกเว้นได้ ส่งผลให้พฤติกรรมการร่วมกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อที่เรียกค่าตอบแทนการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาจึงไม่สามารถกระทำได้ภายใต้กฎหมายการแข่งขันของประเทศไทย

#### 4.2.2 การร่วมกันกำหนดมาตรฐานของกลุ่มผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตลาด

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มีบทบัญญัติเพื่อควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการซึ่งถูกพิจารณาว่าเป็นผู้มีอำนาจตลาดไว้โดยเฉพาะ คือ

“ มาตรา 25 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม
- (2) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม ให้ผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อหรือการ



จำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น

(3) ระวัง ลด หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบการนำเข้า มาในราชอาณาจักร โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้าเพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

(4) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร”

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแบบควบคุมพฤติกรรม (conduct control) ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย แต่กฎหมายจะมีบทบัญญัติเพื่อควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดดังกล่าว ซึ่งมาตรา 25 นี้เป็นมาตรการเพื่อควบคุมพฤติกรรมของ “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” ไม่ให้ใช้อำนาจไปในทางที่ไม่ชอบอันจะก่อให้เกิดความเสียหายในตลาดสินค้าและบริการ เพื่อคุ้มครองผู้ประกอบการรายอื่นๆ ในตลาดไม่ให้ถูกกีดกันออกไปจากตลาด เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการรายใหม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้โดยเสรี และคุ้มครองผู้บริโภคให้ราคาของสินค้าและบริการอยู่ในระดับที่เป็นธรรม การใช้มาตรการตามมาตรา 25 จึงต้องพิจารณาเสียก่อนว่าผู้ประกอบการนั้นเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามความหมายของพ.ร.บ.การแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 หรือไม่

“ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” ในความหมายโดยทั่วไป หมายถึงผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดสินค้าและบริการใดมีอำนาจตลาด (market power) มากพอที่จะมีอิทธิพลต่อราคาและปริมาณสินค้าในตลาดนั้นๆ เห็นผู้ประกอบการรายอื่นๆ ที่อยู่ในตลาดด้วยกัน ดังนั้น กรณีที่ตลาดสินค้าและบริการใดมีผู้ประกอบการเพียงรายเดียว ก็ย่อมถือได้ว่าผู้ประกอบการรายนั้นเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดได้ หรือผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไป อาจจัดให้เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้เช่นกัน หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า ไม่ได้มีการแข่งขันกันอย่างแท้จริงระหว่างกัน ซึ่งเกิดขึ้นได้ในกรณีที่โครงสร้างของตลาดสินค้าและบริการนั้นเป็นแบบมีผู้ประกอบการน้อยราย (oligopoly) อันเป็นที่เห็นได้ชัดว่าจะไม่มีการแข่งขันกันอย่างแท้จริงในตลาดแบบดังกล่าว<sup>5</sup>

พ.ร.บ.การแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มาตรา 3 ให้นิยามความหมายของ “ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” ไว้ว่า “ผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนดด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี และประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้ โดยให้พิจารณาสภาพการ

<sup>5</sup> สุธีร์ ศุภนิคย์, “กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ: มุมมองด้านผู้บริโภค”, วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 19 ฉบับที่ 2, 2542. หน้า 75-76.

แข่งขันของตลาดด้วย” จากบทนิยามนี้จึงเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับพิจารณาว่าผู้ประกอบการธุรกิจรายใดจะเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามความหมายของกฎหมายฉบับนี้หรือไม่ ต้องพิจารณาองค์ประกอบ 3 ส่วน คือ

1) ส่วนแบ่งตลาด (market share) ผู้ประกอบการธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายรายต้องมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) ถึงเกณฑ์ที่กำหนดโดยประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และ

2) ยอดเงินขาย ผู้ประกอบการธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายรายต้องได้รับยอดเงินจากการขายสินค้าหรือบริการในตลาดที่เกี่ยวข้อง ถึงเกณฑ์ที่กำหนดโดยประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และ

3) สภาพการแข่งขันของตลาด เพื่อให้การพิจารณาอำนาจเหนือตลาดได้นำสภาพที่แท้จริงในตลาดมาประกอบการพิจารณากำหนดให้ผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือหลายรายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดด้วย เช่น สภาพของตลาดที่ไม่เอื้ออำนวยต่อการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ เป็นต้น

ทั้งนี้ ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายซึ่งใช้เพื่อพิจารณาอำนาจเหนือตลาดดังกล่าว กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยมิได้ระบุเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายแบบตายตัว แต่จะแยกประกาศระบุเกณฑ์ที่กำหนดในแต่ละอุตสาหกรรมแยกอิสระจากกัน ขณะที่ในหลายประเทศใช้เกณฑ์เดียวกันทุกอุตสาหกรรม (เช่น ประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น) และยังให้พิจารณาถึงสภาพการแข่งขันของตลาดประกอบด้วย จึงจะเห็นได้ว่า การพิจารณาผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายไทยมีความยืดหยุ่น สามารถปรับใช้ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในแต่ละอุตสาหกรรมซึ่งย่อมมีลักษณะและสภาพการแข่งขันแตกต่างกันไป ที่สำคัญคือกฎหมายมิได้จำกัดผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้เฉพาะกรณีที่เป็นผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งเท่านั้น แต่ยังให้รวมถึงกลุ่มผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไป ที่อาจไม่มีการแข่งขันกันอย่างแท้จริงและร่วมมือกันรักษาผลประโยชน์ในกลุ่ม อันจะทำให้สามารถใช้กฎหมายควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการเหล่านั้นได้เป็นอย่างดี จากนิยามดังกล่าวนี้ กลุ่มของผู้ประกอบการที่ร่วมจัดตั้งมาตรฐานการเชื่อมต่อ หากพิจารณาได้ว่ามีอำนาจตลาดร่วมกัน (joint dominant) จะทำให้มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 3<sup>\*</sup> ได้เช่นเดียวกัน

---

\* อย่างไรก็ดี การกำหนดว่าผู้ประกอบการรายใดเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด จะต้องผ่านขั้นตอนได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีและประกาศในราชกิจจานุเบกษาเสียก่อน ซึ่งทำให้น่าเป็นห่วงได้ว่า การกำหนดผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนี้อาจถูกแทรกแซงจากฝ่ายการเมืองได้หรือไม่ อันจะส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพการบังคับใช้มาตรการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจผูกขาดตามมาตรา 25 ได้โดยตรง

แม้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ให้นิยาม “ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” ให้สามารถรวมถึงผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปเข้าไปด้วย กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยจึงสามารถใช้ควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีอำนาจตลาดร่วมกันได้อย่างชัดเจน แต่ในทางพิจารณาเพื่อประกาศให้ผู้ประกอบการที่ร่วมกันกำหนดมาตรฐานฯเป็นผู้มีอำนาจตลาดอาจมีปัญหาบางประการ เนื่องจากกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องซึ่งตามมาตรา 3 ต้องอาศัยส่วนแบ่งการตลาดและยอดเงินขายในตลาดที่เกี่ยวข้องมาใช้ประกอบการพิจารณา แต่ในขั้นตอนของการกำหนดมาตรฐานฯ เป็นช่วงเวลาก่อนที่สินค้าตามมาตรฐานจะออกสู่ตลาด การพิจารณาอำนาจเหนือตลาดจากส่วนแบ่งการตลาดและยอดเงินขายโดยอ้างอิงจากผลประกอบการในธุรกิจดั้งเดิมของผู้ประกอบการนั้น ไม่น่าจะถูกต้อง เพราะสินค้าที่จะผลิตออกมาตามมาตรฐานอาจจะเกิดเป็นตลาดใหม่ที่แยกต่างหากจากตลาดเดิมที่ผู้ประกอบการนั้นดำเนินการอยู่

ซึ่งในกรณีนี้มีความแตกต่างกับการพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 27 กล่าวคือ การพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันตามมาตรา 27 นั้น แม้ว่าจะมาตรฐานและสินค้าที่ผลิตตามมาตรฐานยังไม่เกิดขึ้น แต่อาศัยส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการที่มีส่วนร่วมอาจมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดใหม่ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต จึงเป็นการพิจารณาเพื่อคาดเดาถึงความเป็นไปได้ของผลกระทบต่อตลาดโดยไม่ต้องรอให้มาตรฐานหรือสินค้าตามมาตรฐานออกสู่ตลาดจริงๆเสียก่อน แต่ในกรณีการพิจารณาอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 3 ซึ่งเกี่ยวพันกับการใช้มาตรการควบคุมพฤติกรรมผู้มีอำนาจตลาดตามมาตรา 25 นั้น ควรต้องพิจารณาจากสภาพความเป็นจริงในขณะที่ทำการพิจารณาเป็นหลัก การคาดเดาความน่าจะเป็นเพื่อกำหนดให้ผู้ประกอบการรายใดหรือกลุ่มใดเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดและถูกควบคุมจากมาตรา 25 เป็นพิเศษนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถกระทำได้

โดยสรุปคือ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การประกาศให้ผู้ประกอบการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในขั้นตอนการกำหนดมาตรฐานไม่สามารถทำได้เพราะกฎหมายบัญญัติไว้ให้พิจารณาถึงส่วนแบ่งการตลาดและยอดเงินขายซึ่งน่าจะหมายถึงตลาดที่มีการซื้อขายสินค้าบริการกันตามมาตรฐานที่ถูกจัดตั้งขึ้นจริงไม่ใช่เพียงการคาดเดาจากส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในตลาดเดิมที่ผู้ประกอบการดำเนินธุรกิจอยู่ในขณะร่วมกันกำหนดมาตรฐานเป็นเกณฑ์

#### 4.3 วิเคราะห์การควบคุมการใช้อำนาจตลาดจากสิทธิบัตรที่จำเป็นสำหรับมาตรฐานการเชื่อมต่อ

##### 4.3.1 มาตรการควบคุมข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตร

###### 4.3.1.1 กฎกระทรวงฉบับที่ 25 (พ.ศ.2542) ตามพ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522

ผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันในแนวดิ่ง หมายถึงผู้ประกอบการที่ตามปกติมิได้เป็นคู่แข่งกัน แต่มีสถานะเป็นคู่ค้าซึ่งกันและกัน เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ผลิตกับผู้ขายส่งและผู้ค้าปลีก เป็นต้น การอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในแนวดิ่ง โดยปกติจะมีปัญหาที่เกิดจากผู้ทรงสิทธิบัตรกับผู้ที่ยกใช้สิทธิบัตรมักจะมีอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันทำให้ผู้ยกใช้สิทธิบัตรเสียเปรียบในการเจรจาและอาจต้องยอมรับเงื่อนไขที่ผู้ทรงสิทธิบัตรเรียกร้องโดยไม่สามารถต่อรองได้ ปัญหาดังกล่าวจะยิ่งทวีมากขึ้นเมื่อเป็นผู้ทรงสิทธิบัตรที่จำเป็นสำหรับการใช้มาตรฐานที่แพร่หลาย เพราะตลาดจะเพิ่มความต้องการสิทธิบัตรนั้นมากยิ่งขึ้นจากการที่สิทธิบัตรนั้นเป็นหนทางสำหรับการเข้าถึงมาตรฐาน และอำนาจต่อรองของผู้ทรงสิทธิอาจเพิ่มขึ้นด้วยการรวมตัวกันของผู้ทรงสิทธิเพื่อใช้สิทธิบัตรร่วมกัน (patent pool) ในพ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522 มีมาตรการเพื่อควบคุมการใช้สิทธิบัตรในแนวดิ่งเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว\* คือ

“มาตรา 39 การอนุญาตให้ใช้สิทธิตามมาตรา 38 นั้น

(1) ผู้ทรงสิทธิบัตรจะกำหนดเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน โดยไม่ชอบธรรมไม่ได้

เงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน โดยไม่ชอบธรรมตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง\*\*

(2) ผู้ทรงสิทธิบัตรจะกำหนดให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรชำระค่าตอบแทนสำหรับการใช้การประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรหลังหมดอายุตามมาตรา 35 ไม่ได้

การกำหนดเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งมาตรานี้เป็นโมฆะ”

สำหรับมาตรการตามมาตรา 39 (2) นั้นเป็นเรื่องของการห้ามผู้ทรงสิทธิบัตรทำข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรเพื่อขยายระยะเวลาการแสวงหาผลประโยชน์จากการคุ้มครองสิทธิบัตรตามกฎหมายออกไป เพราะกฎหมายให้ความคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์และมอบสิทธิเด็ดขาดให้แก่ผู้ประดิษฐ์ช่วงระยะเวลาหนึ่งเพื่อเป็นรางวัลจูงใจให้เกิดการประดิษฐ์นวัตกรรมขึ้น เมื่อหมดระยะเวลาคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์นั้นก็จะต้องตกเป็นทรัพย์สินสาธารณะอันจะเป็นประโยชน์ต่อ

\* สำหรับการควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรในแนวนอน (Horizontal agreement) ระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันซึ่งอาจมีการพยายามกีดกันออกไปจากตลาดนั้นจะอาศัยมาตรการในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าควบคุม

\*\* โปรดดู กฎกระทรวง ฉบับที่ 25 (พ.ศ.2542) เรื่องการพิจารณาว่าเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนใดมีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขัน โดยไม่ชอบธรรม ตามมาตรา 39 (1) ในภาคผนวก



ส่วนรวม การขยายระยะเวลาแสวงหาผลประโยชน์ออกไปเช่นนี้จึงทำให้นักประดิษฐ์ไม่จวนขายพัฒนาสิ่งประดิษฐ์ใหม่ๆขึ้นทดแทนและขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายสิทธิบัตรอย่างชัดเจน\*

ที่น่าสังเกตก็คือ มาตรา 39 (1) กำหนดมาตรการควบคุมการใช้สิทธิบัตรในแนวดิ่งโดยมิชอบ ที่มุ่งประเด็นไปที่การจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมเป็นการเฉพาะ ซึ่งเป็นมาตรการควบคุมที่อาศัยการเชื่อมโยงไปยังกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ดังเห็นได้จากการพิจารณาข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบางประการตามข้อ 3 ของกฎกระทรวงฉบับที่ 25 (พ.ศ.2542) ที่กำหนดไว้ว่า

“ในการพิจารณาว่าเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนใดมีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม ให้พิจารณา...รวมทั้งผลที่เกิดหรืออาจเกิดขึ้นจากเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนตามกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขัน\*\* ทั้งนี้ให้คำนึงถึงคำพิพากษาของศาล คำวินิจฉัยของคณะกรรมการ และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขัน”

หากพิจารณาแล้ว กฎกระทรวงฉบับที่ 25 (พ.ศ.2542) นี้เป็นการกำหนดให้ยกเอาหลักการพิจารณาของกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาใช้พิจารณาข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในแนวดิ่ง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า โดยปกติการพิจารณาการใช้สิทธิบัตรนั้นจะมุ่งไปที่ลักษณะการใช้สิทธิที่ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายสิทธิบัตร กล่าวคือการสร้างแรงจูงใจให้เกิดการประดิษฐ์คิดค้นสิ่งใหม่ที่เป็นประโยชน์ให้แก่สังคมส่วนรวม ในขณะที่ดูเหมือนว่าวัตถุประสงค์ของกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวนี้มุ่งไปที่การพยายามรักษาให้ตลาดมีการแข่งขัน ด้วยการห้ามทำข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรที่มีผลกระทบเป็นการจำกัดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันเสียมากกว่า\*\*\*

สำหรับเงื่อนไขในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรที่ถือเป็นข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 25 (พ.ศ.2542) จะแบ่งออก 2 ลักษณะคือ เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในข้อ 3 (1)-(13) ให้พิจารณาโดยคำนึงถึง

\* ข้อกำหนดใน DVD patent pools ก็ได้กำหนดไว้ถึงการห้ามรวบรวมสิทธิบัตรที่หมดอายุการคุ้มครองเข้าไว้เช่นกัน รวมถึงสิทธิบัตรที่หมดอายุการคุ้มครองก็ต้องถูกนำออกไปจาก patent pool ทันที

\*\* นิยามของ “กฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขัน” ตามข้อ 2 ของกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว หมายความว่า “กฎหมายว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดหรือการป้องกันการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมในลักษณะเดียวกัน”

\*\*\* อย่างไรก็ดี อาจจะถือว่ากฎหมายทั้งสองฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ร่วมกันเพื่อประโยชน์สุขของสังคมที่จะได้รับจากการพัฒนาตามแบบสหรัฐฯ หากมองในแง่มุมนี้กฎกระทรวง ฉบับที่ 25 นี้จึงเป็นมาตรการควบคุมการใช้สิทธิบัตรไม่ให้ขัดขวางต่อการแข่งขันในตลาดเพื่อปกป้องวัตถุประสงค์ของกฎหมายสิทธิบัตรคือ ต้องการให้เกิดการประดิษฐ์คิดค้นให้แก่สังคมนั่นเอง

วัตถุประสงค์หรือเจตนาของคู่สัญญา รวมทั้งผลที่เกิดหรืออาจเกิดจากเงื่อนไข จึงเป็นการเปิดช่องให้ผู้ใช้กฎหมายมีโอกาสพิจารณาเหตุและผลของเงื่อนไขได้ตามความเหมาะสมแก่กรณี และเป็นการนำเอาหลักของเหตุและผล (rule of reason) ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาใช้ในการพิจารณาข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในแนวดิ่งที่ไม่ได้เป็นการจำกัดการแข่งขัน โดยไม่เป็นธรรมเสมอไปทุกกรณี

ผู้เขียนมีความเห็นว่า เหตุผลที่คำวินิจฉัยตามข้อ 3 กำหนดให้ผู้มีอำนาจวินิจฉัยในข้อนี้คือ อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญา ต้องคำนึงถึงคำพิพากษาของศาล คำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิบัตร และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าประกอบการวินิจฉัยด้วย ก็เพื่อให้คำวินิจฉัยเป็นไปโดยสอดคล้องกับหลักการในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และผู้เขียนยังมีความเห็นต่อไปว่า โดยเนื้อหาของกรกระทำแล้ว ข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในแนวดิ่งนี้เป็นประเด็นปัญหาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามากกว่าที่จะเป็นประเด็นตามกฎหมายสิทธิบัตร เพราะเป็นการทำข้อตกลงที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้โดยตรง แม้การบังคับใช้มาตรการควบคุมการใช้สิทธิบัตร โดยมีขอบตามมาตรา 39 (1) ประกอบกับกฎกระทรวง ฉบับที่ 25 (พ.ศ.2542) และมาตรา 41 ซึ่งบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ อันเป็นประโยชน์ให้รัฐสามารถตรวจสอบข้อสัญญาได้ล่วงหน้า (pre-monitoring) แต่การกีดกันการร้องข้อสัญญาที่มีผลกระทบต่อการแข่งขันดังกล่าวในบางกรณีอาจมีความซับซ้อน ต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อการแข่งขันในหลายด้านซึ่งเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาโดยอาศัยหลักการแข่งขันเข้าไปปรับ ทำให้น่ากังวลได้ว่ากรกีดกันการร้องข้อสัญญาตามข้อ 3 นี้ตามกฎหมายสิทธิบัตรจะมีประสิทธิภาพในเชิงปฏิบัติเพียงใด

ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการพิจารณาปัญหาดังกล่าวควรได้รับการพิจารณาจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่โดยตรงในการวินิจฉัยปัญหาการแข่งขันทางการค้าจะเหมาะสมกว่า เพราะเมื่อกฎหมายก็ต้องการให้การพิจารณาเงื่อนไขในข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในแนวดิ่ง เป็นไปโดยสอดคล้องและถูกต้องตามหลักการในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เหตุใดจึงมอบหมายหน้าที่วินิจฉัยให้บุคคลอื่นแล้วกลับกำหนดให้วินิจฉัยโดยคำนึงถึงคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอีกทอดหนึ่งด้วย

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างที่ปรากฏในกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว เช่น ในการพิจารณาข้อสัญญาด้านค่าตอบแทนการใช้สิทธิบัตรตามข้อ 3 (12) ที่ให้พิจารณาเงื่อนไขที่ “กำหนดค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรในอัตราที่สูงเกินสมควร...” อาจเกิดปัญหาได้ว่า ถ้าเช่นนั้นอัตราค่าตอบแทนของการใช้สิทธิบัตร “ที่สมควร” ควรจะเป็นเท่าไรและมีวิธีการคิดคำนวณอย่างไร เนื่องจากประเด็นดังกล่าวนี้เป็นประเด็นที่ยากที่จะหาคำตอบ สิทธิบัตรทั่วไปกับสิทธิบัตรที่จำเป็นในมาตรฐานทั่วไป และสิทธิบัตรที่จำเป็นในมาตรฐานที่ผูกขาด ค่าตอบแทนควรจะเท่ากันหรือไม่ อุปสงค์ของสิทธิบัตรในตลาดที่ไม่เท่ากันจะส่งผลต่อค่าตอบแทนที่สมควร

อย่างไรในเมื่อต้นทุนเพิ่มหน่วยสุดท้ายของการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรนั้นต่ำมาก ผู้ทรงสิทธิบัตรมีผลกำไรส่วนเกินหรือไม่ คำตอบของคำตอบแทนการใช้สิทธิในอัตราที่สมควรนี้คงไม่สามารถพิจารณาได้โดยอาศัยเพียงความเหมาะสมตามความรู้สึกของเจ้าหน้าที่ผู้ทำการพิจารณาข้อสัญญาเท่านั้น เพราะเราจะไม่สามารถหาความแน่นอนได้จากความรู้สึกของตัวบุคคลที่แตกต่างกันไปตามทัศนคติ ประสบการณ์ และปัจจัยอื่นๆอีกมากในแต่ละตัวบุคคล หากคำวินิจฉัยไม่ได้รับการยอมรับจากผู้ที่เกี่ยวข้องผลประโยชน์จะก่อให้เกิดการอุทธรณ์คำวินิจฉัยตามมามากมาย ดังนั้น การพิจารณาจึงควรอยู่บนหลักการทางวิชาการที่น่าเชื่อถือและพิจารณาโดยตัวบุคคลที่เชี่ยวชาญและได้รับการยอมรับจากผู้ประกอบการต่างๆที่จะช่วยลดการโต้แย้งคำพิจารณาได้อีกทางหนึ่งด้วย

สำหรับการพิจารณาตามข้อ 4 ของกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวที่กำหนดให้เงื่อนไขใดที่เข้าลักษณะที่กำหนดให้ถือว่าเป็นเงื่อนไขที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม โดยไม่ต้องอาศัยหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อ 3 ซึ่งก็คือการให้พิจารณาโดยใช้หลักความผิดโดยตัวเอง (per se rule) ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาใช้ การพิจารณาตามข้อ 4 นี้จึงมีความชัดเจนแน่นอนและไม่จำเป็นต้องอาศัยความเชี่ยวชาญของผู้พิจารณาเป็นพิเศษอย่างกรณีข้อ 3 หากเงื่อนไขเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กำหนดก็ถือเป็นเงื่อนไขที่จำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมได้ทันที ซึ่งถือเป็นข้อดีของข้อกำหนดที่ใช้หลักความผิดในตนเอง แม้จะมีความกระด้างในการพิจารณาโดยไม่คำนึงถึงเหตุผลของการทำข้อสัญญานั้นก็ตาม ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การพยายามนำการตรวจสอบข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในแนวคั้งด้วยการบังคับให้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อหน้าเจ้าหน้าที่นี้เหมาะสมกับข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นความผิดในตนเองตามข้อ 4 จะมีประสิทธิภาพในการปฏิบัติที่ดีกว่าข้อกำหนดที่ต้องอาศัยการพิจารณาเป็นกรณีไปอย่างในข้อ 3

แนวทางการพิจารณาเงื่อนไขในข้อสัญญาให้ใช้สิทธิบัตรที่จำเป็นสำหรับมาตรฐานตามแบบอย่างในต่างประเทศโดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกา การยินยอมอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรที่จำเป็นสำหรับมาตรฐานบนหลักการ Fair, Reasonable and Non-Discriminatory (FRND) นั้นมีส่วนสำคัญที่จะช่วยลดอันตรายจากการร่วมกันกำหนดมาตรฐานและการทำ patent pool ที่มีต่อการแข่งขันลงได้ หากไม่แล้วการร่วมกันกำหนดมาตรฐานนั้นก็ควรถูกห้ามปรามตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดไม่ให้เกิดขึ้นได้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การพิจารณาการร่วมกันกำหนดมาตรฐานโดยผู้ประกอบการในประเทศไทยนั้น หากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาแล้วพบว่ากำหนดมาตรฐานจะส่งผลเสียต่อการแข่งขันในตลาดมากกว่าจะเป็นผลดีก็ไม่ควรยินยอมให้กระทำได้ตั้งแต่ต้น\* ดังนั้นการพิจารณาข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในแนวคั้ง หากมีข้อที่ต้อง

\* ผู้เขียนหมายความว่า หากมีการแก้ไขมาตรา 27 แห่งพ.ร.บ.การแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 เพื่อเปิดช่องให้ การกระทำที่เข้า (3) สามารถอ้างความจำเป็นทางธุรกิจขออนุญาตผ่อนผันตามวรรคท้ายได้แล้ว แต่อย่างไร

พิจารณาถึงผลกระทบต่อการแข่งขันจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในมาตรฐาน จึงอาจพิจารณา โดยอาศัยเทียบเคียงจากหลัก FRND ได้ตามสมควร กล่าวคือ

ในข้อ 3 (9) “กำหนดเงื่อนไขหรือจำกัดสิทธิของผู้รับอนุญาตในการใช้ประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ของบุคคลอื่น นอกจากการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ที่อนุญาต” ข้อจำกัดนี้ต้องแยก พิจารณาออกเป็นสองประเด็น คือ

การห้ามใช้สิทธิบัตรอื่นเพื่อใช้ทดแทนการผลิตตามข้อกำหนดมาตรฐาน (substitute patent) การห้ามเช่นนี้จะก่อให้เกิดผลเป็นการจำกัดการแข่งขันระหว่างสิทธิบัตรที่แข่งขันกัน (competing patent) อันเป็นการพยายามผูกขาดให้ใช้เทคโนโลยีที่ไม่มีความจำเป็นทางเทคนิคในการผลิตตาม มาตรฐาน จึงน่าจะถือเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม แต่หากเป็นการจำกัดให้ใช้เฉพาะ สิทธิบัตรที่มีความจำเป็นในการผลิตตามมาตรฐานเพราะไม่สามารถใช้สิทธิบัตรอื่นทดแทนได้นั้น เป็นเงื่อนไขที่มีความจำเป็นเพื่อให้การผลิตตามมาตรฐานที่กำหนดเป็นไปโดยสมบูรณ์ หากผู้ขอรับ อนุญาตใช้สิทธิบัตรปรับการผลิตไปใช้เทคโนโลยีอื่นซึ่งไม่สามารถทดแทนเทคโนโลยีตาม สิทธิบัตรที่จำเป็นได้ สินค้าที่ผลิตออกมาที่อาจประสบปัญหาความเข้ากันได้กับสินค้าและอุปกรณ์ที่ ผลิตตามมาตรฐาน ซึ่งจะเกิดความเสียหายต่อผู้บริโภคที่ไม่สามารถใช้สินค้าได้เต็มประสิทธิภาพ ตามที่กำหนดในมาตรฐานตามมาได้ เงื่อนไขที่ห้ามการใช้สิทธิบัตรอื่นนอกจากสิทธิบัตรที่จำเป็น ตามมาตรฐานจึงไม่ควรถือเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม

อีกประเด็นหนึ่งคือ การห้ามใช้สิทธิบัตรอื่นเพื่อกีดกันมาตรฐานอื่นในตลาด เงื่อนไขนั้นอาจ มีขึ้นเพื่อเจตนาให้ผู้ขออนุญาตใช้สิทธิบัตรตามมาตรฐานหนึ่ง (สมมุติให้เป็นมาตรฐาน A) ไม่ สามารถใช้สิทธิบัตรที่จำเป็นเพื่อการผลิตตามอีกมาตรฐานหนึ่ง (สมมุติให้เป็นมาตรฐาน B) เงื่อนไขเช่นนี้จึงมีผลเป็นการผูกมัดผู้ประกอบการที่ขอใช้สิทธิบัตรตามมาตรฐาน A ไม่ให้สามารถ ผลิตสินค้าตามมาตรฐาน B ไปโดยปริยาย ดังนั้นหากมาตรฐาน A และมาตรฐาน B เป็นคู่แข่งกันใน ตลาดสินค้าเดียวกัน เงื่อนไขเช่นนี้จึงน่าจะถือเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม เพราะให้ผล เป็นการพยายามกีดกันมาตรฐาน B ไม่ให้เข้าสู่ตลาดรูปแบบหนึ่ง\*

ในข้อ 4 (1) “กำหนดให้ผู้รับอนุญาตใช้การประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์อื่นของผู้ทรง สิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตร โดยเรียกค่าตอบแทนสำหรับการใช้ดังกล่าว เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า จำเป็นต้องกำหนดเช่นนั้นเพื่อให้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นได้ผลตามสิทธิบัตร....”

---

ก็ตามสำหรับมาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้นภายนอกประเทศไทยจะอยู่นอกเหนือมาตรการตรวจสอบและควบคุมตาม มาตรา 27 (3) นี้ จึงต้องอาศัยมาตรการควบคุมการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรเป็นมาตรการหลัก

\* ในข้อกำหนดของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรเพื่อการผลิตตามมาตรฐาน DVD จะมีกำหนดไว้ข้อ หนึ่งว่า การขออนุญาตใช้สิทธิบัตรเพื่อผลิตตามมาตรฐานในสัญญา ไม่เป็นการตัดสิทธิผู้ขออนุญาตใช้สิทธิในการ ตัดสินใจผลิตสินค้าตามมาตรฐานอื่นๆ



ข้อกำหนดนี้เป็นข้อกำหนดที่ห้ามเงื่อนไขที่เป็นการขายพ่วง (tying) การห้ามการขายพ่วงในข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรส่งผลเป็นการรักษาการแข่งขันในสิทธิบัตรที่มีสิทธิบัตรอื่นทดแทนได้ (substitute patent) ตามข้อกำหนดมาตรฐาน เพราะหากยินยอมให้มีการพ่วงสิทธิบัตรที่ไม่จำเป็นตามมาตรฐานเข้ากับสิทธิบัตรที่จำเป็นตามมาตรฐาน ย่อมเป็นการสร้างภาระให้กับผู้ขออนุญาตใช้สิทธิบัตรโดยไม่จำเป็น เพราะเขาอาจสามารถแสวงหาสิทธิบัตรอื่นมาใช้ทดแทนได้ในราคาที่ต่ำกว่า และการบังคับพ่วงสิทธิบัตรที่ไม่จำเป็นนี้ ยังมีผลเป็นการกีดกันสิทธิบัตรอื่นที่ใช้ทดแทนกันได้อีกด้วย เพราะผู้ขออนุญาตได้รับอนุญาตใช้สิทธิบัตรที่ใช้ทดแทนกันได้จากการพ่วงสิทธิบัตรแล้ว ย่อมไม่ต้องการจ่ายค่าตอบแทนเพื่อขออนุญาตใช้สิทธิบัตรอื่นที่ใช้ทดแทนกันได้อีก

ข้อ 4 (3) เป็นข้อกำหนดห้ามเงื่อนไขถ่ายทอดกลับ (grant-back) เฉพาะกรณีที่เป็นการโอนกลับแบบเด็ดขาดและไม่มีค่าตอบแทนที่เหมาะสม ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการโอนกลับสิทธิบัตรที่ได้รับการปรับปรุงในด้านหนึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนามาตรฐานต่อไปในอนาคต ซึ่งจะเป็นผลดีต่อผู้บริโภคที่จะได้บริโภคสินค้าที่มีประสิทธิภาพดียิ่งขึ้น และช่วยป้องกันปัญหาความเข้ากันไม่ได้จากการใช้สิทธิบัตร โดยไม่มีการดูแลจากองค์กรกำหนดมาตรฐาน โดยที่ผู้พัฒนาควรได้รับค่าตอบแทนที่เหมาะสมเป็นการตอบแทน

แต่การยินยอมให้มีข้อกำหนดถ่ายทอดกลับแบบเด็ดขาดจะเป็นการตัดโอกาสในการใช้เทคโนโลยีเพื่อพัฒนามาตรฐานขึ้นใช้เองในอนาคต และแนวทางที่ยอมรับส่วนใหญ่ในต่างประเทศนั้นมักจะยินยอมให้ในกรณีที่เป็นการถ่ายทอดกลับแบบไม่เด็ดขาดและมีค่าตอบแทนที่เหมาะสม ทั้งนี้แม้ว่าข้อกำหนดถ่ายทอดกลับแบบเด็ดขาดและมีค่าตอบแทนอาจถูกตีความถือเป็นเงื่อนไขที่ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันตามข้อ 3 (13) เนื่องจากมีผลเป็นการปิดกั้นการพัฒนามาตรฐานใหม่ขึ้นมาแข่งขันในอนาคต แม้ว่าข้อกำหนดถ่ายทอดกลับนั้นจะไม่เข้าเงื่อนไขที่ต้องห้ามตามข้อ 4 (3) ก็ตาม แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าการตีความกฎหมายเช่นนี้อาจสร้างความสับสนให้แก่ผู้ให้อนุญาตใช้สิทธิและสร้างปัญหาต่อความเชื่อมั่นในการประกอบธุรกิจที่ไม่แน่ชัดว่าจะถือเป็นความผิดตามกฎหมายหรือไม่ จึงเห็นสมควรว่าในขณะนี้จึงควรถือว่าข้อกำหนดถ่ายทอดกลับดังกล่าวสามารถกระทำได้ตามกฎหมาย แต่ผู้เขียนก็มีความเห็นต่อไปว่า การยินยอมในข้อกำหนดนี้สามารถกระทำได้นั้นยังไม่มีความเหมาะสมที่ทำให้ผู้ประกอบการไทยสามารถเข้าถึงมาตรฐานจากต่างประเทศได้โดยยุติธรรมเพียงพอ เนื่องจากผู้ทรงสิทธิบัตรที่จำเป็นในมาตรฐานที่แพร่หลายจากต่างประเทศมักจะมีอำนาจต่อรองสูง จึงอาจจะกำหนดเงื่อนไขในข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในแบบที่เอเปรียบมากที่สุดเท่าที่กฎหมายไทยจะเปิดช่องไว้ ดังนั้นการกำหนดยินยอมให้มีข้อกำหนดถ่ายทอดกลับแบบเด็ดขาดนี้จึงเป็นการเปิดช่องให้ผู้ทรงสิทธิเอเปรียบผู้ประกอบการในประเทศได้และสมควรได้รับการแก้ไขให้ยินยอมเฉพาะการถ่ายทอดกลับแบบไม่เด็ดขาดและเสียค่าตอบแทน

4.3.1.2 มาตรการควบคุมการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิบัตรเพื่อใช้สิทธิบัตรร่วมกัน หรือ patent pool ซึ่งมีขึ้นเพื่อสนับสนุนการนำมาตรฐานไปใช้นั้น จะถูกตรวจสอบโดยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในมาตรา 27 ซึ่งเป็นมาตรการควบคุมพฤติกรรมจําการการแข่งขันในตลาดที่กระทำโดยผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไป

หากว่าสิทธิบัตรที่ถูกรวบรวมเข้าไว้ด้วยกันนั้นเป็นสิทธิบัตรที่ใช้ทดแทนกันได้ (substitute patent) ซึ่งตามปกติเป็นสิทธิบัตรที่มีการแข่งขันระหว่างกันอยู่ (competing patent) การรวมสิทธิบัตรที่แข่งขันกันได้เข้าไว้ในข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรเดียวกัน จะทำให้การแข่งขันระหว่างสิทธิบัตรเหล่านั้นหมดไป การรวบรวมสิทธิบัตรในกรณีนี้จึงมีผลกระทบเป็นการจําการการแข่งขันในตลาดเทคโนโลยี ซึ่งทำให้การกำหนดค่าตอบแทนและเงื่อนไขให้เป็นอย่างเดียวกันตามหลักไม่เลือกปฏิบัติจะเป็นความผิดตาม มาตรา 27 (1) และมาตรา 27 (10) ตามลำดับเพราะทำให้ไม่มีการแข่งขันกันด้านราคาและเงื่อนไขระหว่างสิทธิบัตรที่ใช้ทดแทนกันได้

แต่สำหรับการตกลงร่วมกันเพื่อรวบรวมสิทธิบัตรที่จําเป็นต่อมาตรฐาน (essential patent) ซึ่งจะไม่มียุติบัตรใดที่สามารถใช้ทดแทนได้อย่างแท้จริง การรวบรวมสิทธิบัตรที่จําเป็นไว้ด้วยกันจึงไม่มีผลกระทบต่อการแข่งขันในระหว่างสิทธิบัตรที่ถูกรวบรวมไว้ด้วยกัน ด้วยเหตุนี้การกำหนดเงื่อนไขด้านราคาและเงื่อนไขการอนุญาตให้เป็นอย่างเดียวกันในกรณีนี้จึงไม่ถือเป็นความผิดตาม มาตรา 27

อนึ่ง หลังจากมาตรฐานออกสู่ตลาดแล้ว หากผู้ประกอบการที่สิทธิบัตรที่จําเป็นในมาตรฐานมีส่วนแบ่งตลาดและยอดขายในตลาดที่เกี่ยวข้องรวมกันถึงตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนดก็จะมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน (joint dominant) และต้องถูกควบคุมพฤติกรรมไม่ให้ใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบตามมาตรา 25 อีกประการหนึ่ง ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขในข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรที่เอาเปรียบผู้ประกอบการอื่นก็อาจถือเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ตามมาตรา 25 (4) ได้ อีกทางหนึ่งด้วย

#### 4.3.2 มาตรการควบคุมการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบ

- การบังคับใช้สิทธิบัตรในกรณีไม่มีการผลิตภายในประเทศ

โดยทั่วไป การใช้สิทธิบัตรโดยมิได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิบัตรถือเป็นการละเมิดสิทธิบัตร อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีรัฐอาจอนุญาตให้บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ทรงสิทธิบัตรทำการผลิตนำเข้าและจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่จดสิทธิบัตร เพื่อแก้ปัญหาความขาดแคลนผลิตภัณฑ์ที่จำเป็นนั้น หรือที่เรียกกันว่า “มาตรการบังคับใช้สิทธิ” (Compulsory licensing) ซึ่งสามารถทำได้ภายใต้ความ

ตกลงทรัพย์สิน โดยจะต้องมีการจ่ายค่าชดเชยที่เพียงพอและเป็นธรรมแก่ผู้ทรงสิทธิ และการอนุญาตให้ทำการผลิตผลิตภัณฑ์จะต้องกระทำเพื่อตอบสนองความต้องการของตลาดในประเทศ สำหรับประเทศไทยได้บัญญัติข้อยกเว้นดังกล่าวไว้ในมาตรา 46\* ทำให้หากผู้ทรงสิทธิบัตรปฏิเสธคำขอของผู้ขอใช้สิทธิบัตรเพื่อผลิตสินค้าตามมาตรฐาน (refusal to license) และมีพฤติการณ์ที่ผู้ทรงสิทธิบัตรไม่ใช้สิทธิบัตรนั้นเพื่อประโยชน์แก่สังคมด้วยการจำกัดการผลิตเพื่อให้สินค้าขาดตลาดหรือมีราคาสูงเกินสมควร โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร กฎหมายสิทธิบัตรจึงเปิดช่องให้ผู้ประสงค์จะใช้สิทธิตามสิทธิบัตรของผู้อื่นสามารถขอให้รัฐบาลบังคับใช้สิทธิบัตรของผู้ทรงสิทธิที่ปฏิเสธได้ ซึ่งเป็นมาตรการที่เอื้อแก่ผู้ประกอบการสามารถเข้าถึง (access) มาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้นได้ระดับหนึ่งคือ ป้องกันการใช้มาตรฐานเพื่อกีดกันคู่แข่งขั้นออกจากตลาดและแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบด้วยการลดการผลิตและขึ้นราคาสินค้าตามอำเภอใจ

แต่มาตรการนี้ไม่สามารถสร้างให้ตลาดสินค้าภายใต้มาตรฐานเกิดการแข่งขันได้อย่างแท้จริง เนื่องจากการกีดกันคู่แข่งขั้นออกไปจากตลาดด้วยการปฏิเสธการใช้สิทธิบัตรที่จำเป็นนั้น ก็เพื่อให้ผู้มีอำนาจตลาดแสวงหาประโยชน์จากการขายสินค้าที่ผลิตภายใต้มาตรฐานที่กำหนดขึ้นได้เพียงในกลุ่มของตนเอง หากไม่ปรากฏพฤติการณ์การจำกัดการผลิตหรือขึ้นราคาสินค้าจนสูงเกินสมควร ผู้ประกอบการอื่นก็ไม่สามารถขอให้รัฐบาลบังคับให้อนุญาตใช้สิทธิตามมาตรา 46 นี้ได้ กล่าวคือมาตรา 46 นี้เป็นมาตรการเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค\* จากการไม่ผลิตสินค้าตามสิทธิบัตรออกสู่ตลาด

\* ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “เมื่อพ้นกำหนดสามปีนับแต่วันออกสิทธิบัตรหรือสี่ปีนับแต่วันยื่นขอรับสิทธิบัตรแล้วแต่ระยะเวลาจะสิ้นสุดลงทีหลัง บุคคลอื่นจะยื่นคำขอใช้สิทธิตามสิทธิบัตรนั้นต่ออธิบดีก็ได้ ถ้าปรากฏว่าในขณะที่ยื่นคำขอมิพฤติการณ์แสดงว่าผู้ทรงสิทธิบัตรไม่ใช้สิทธิโดยชอบดังต่อไปนี้

(๑) ไม่มีการผลิตผลิตภัณฑ์หรือไม่มีการใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตรภายในราชอาณาจักร โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือ

(๒) ไม่มีการขายผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรหรือผลิตภัณฑ์ที่ใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตร หรือมีการขายผลิตภัณฑ์ดังกล่าวในราคาสูงเกินควรหรือไม่พอสองความต้องการของประชาชนภายในราชอาณาจักร โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นกรณีตาม (๑) หรือ (๒) ผู้ขอใช้สิทธิจะต้องแสดงว่าผู้ขอได้พยายามขออนุญาตใช้สิทธิตามสิทธิบัตรจากผู้ทรงสิทธิบัตร โดยได้เสนอเงื่อนไขและคำตอบแทนที่เพียงพอตามพฤติการณ์แห่งกรณีแล้ว แต่ไม่สามารถตกลงกันได้ภายในระยะเวลาอันสมควร

การใช้สิทธิตามสิทธิบัตรให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎกระทรวง”

\* ดังเห็นได้จากกฎกระทรวง ฉบับที่ 26 (พ.ศ.2542) ข้อ 11 ซึ่งกำหนดไว้ว่า “ให้ผู้ขอใช้สิทธิตามสิทธิบัตรตามมาตรา ๔๖ ...ต้องแสดงพยานหลักฐานดังต่อไปนี้ ประกอบด้วย... (๕) ข้อเท็จจริงว่าการขออนุญาตจะสนองความต้องการของประชาชนในราชอาณาจักรเป็นสำคัญ”

หรือการจำกัดปริมาณการผลิตหรือการขึ้นราคาสินค้าสูงเกินควร แต่มิใช่มาตรการที่บัญญัติขึ้นโดยมุ่งให้เกิดการแข่งขันขึ้นในตลาดซึ่งจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้หากผู้ประกอบการอื่นๆถูกปิดกั้นไม่ให้สามารถเข้าถึงเครือข่ายมาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้น

- การขอใช้สิทธิตามข้อถือสิทธิในสิทธิบัตรที่อาจละเมิดข้อถือสิทธิในสิทธิบัตรอื่น (Blocking patent) โดยมาตรการบังคับใช้สิทธิ (Compulsory licensing)

“มาตรา 47 ถ้าการใช้สิทธิตามข้อถือสิทธิในสิทธิบัตรใดอาจมีผลเป็นการละเมิดข้อถือสิทธิในสิทธิบัตรอื่น ผู้ทรงสิทธิบัตรซึ่งประสงค์จะใช้สิทธิดังกล่าวจะยื่นคำขอใช้สิทธิตามสิทธิบัตรอื่นต่ออธิบดีก็ได้ ภายใต้หลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

(1) การประดิษฐ์ของผู้ขอใช้สิทธิเป็นการประดิษฐ์ที่มีความก้าวหน้าอย่างสำคัญทางเทคโนโลยี ซึ่งเป็นผลดีทางด้านเศรษฐกิจ เมื่อเทียบกับการประดิษฐ์ของสิทธิบัตรที่ขอใช้

(2) ผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิที่จะใช้สิทธิตามสิทธิบัตรของผู้ขอใช้สิทธิภายใต้เงื่อนไขที่เหมาะสมในการขอใช้สิทธินั้น

(3) ผู้ขอใช้สิทธิไม่อาจโอนการใช้สิทธิดังกล่าวให้แก่บุคคลอื่น เว้นแต่จะเป็นการโอนไปพร้อมกับสิทธิบัตรของตน

ทั้งนี้ ผู้ขอใช้สิทธิจะต้องแสดงว่าได้พยายามขออนุญาตใช้สิทธิตามสิทธิบัตรจากผู้ทรงสิทธิบัตรนั้น โดยได้เสนอเงื่อนไขและค่าตอบแทนที่เพียงพอตามพหุติการณ์แห่งกรณีแล้วแต่ไม่สามารถตกลงกันได้ภายในระยะเวลาอันสมควร

การขอใช้สิทธิตามสิทธิบัตรให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎกระทรวง”

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่ออาจประสบกับปัญหาสิทธิบัตรฉบับหนึ่งไปปิดกั้นการใช้ของสิทธิบัตรอีกฉบับหนึ่ง (Blocking patent) อันเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาเทคโนโลยีและการกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อได้ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522 มาตรา 47 ได้กำหนดวิธีการแก้ปัญหานี้ไว้โดยให้ผู้ทรงสิทธิบัตรที่ถูกปิดกั้นสามารถร้องขอต่ออธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อขออนุญาตใช้สิทธิตามสิทธิบัตรอื่นได้ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด ซึ่งต้องผ่านขั้นตอนการพยายามขออนุญาตใช้สิทธิโดยเสนอเงื่อนไขและค่าตอบแทนที่เพียงพอตามพหุติการณ์แห่งกรณีแล้ว แต่ไม่สามารถตกลงกันได้ภายในระยะเวลาอันสมควร

การขอใช้สิทธิตามมาตรา 47 นี้ เป็นมาตรการเพื่อแก้ไขปัญหา Blocking patent ดังนั้นผู้ขอใช้สิทธิบัตรที่ปิดกั้นต้องมีสถานะเป็นผู้ทรงสิทธิบัตรอีกฉบับหนึ่งที่ถูกปิดกั้นอยู่เท่านั้น ผู้ประกอบการทั่วไปที่ต้องการเข้าถึงมาตรฐานจึงไม่สามารถใช้มาตรานี้เพื่อบังคับใช้สิทธิบัตรของบุคคลอื่นได้แต่ต้องดำเนินการขอตามมาตรา 46 ข้างต้น และผู้ขอใช้สิทธิต้องผ่านหลักเกณฑ์การพยายามเจรจาขอ



ใช้สิทธิจากผู้ทรงสิทธิบัตร โดยเสนอเงื่อนไขและค่าตอบแทนที่เพียงพอตามพฤติการณ์แห่งกรณีแล้วแต่ไม่สามารถตกลงกันได้ “ภายในระยะเวลาอันสมควร”

จากข้อความข้างต้น มีปัญหาว่าหากผู้ทรงสิทธิที่ปิดกั้นอยู่นั้นตอบปฏิเสธการขออนุญาตมาในทันที จะถือว่าไม่สามารถตกลงกันได้ภายในระยะเวลาอันสมควรแล้วหรือไม่

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาอันสมควรไว้นั้น น่าจะหมายถึงหากว่าผู้ทรงสิทธิบัตรที่ปิดกั้น ไม่ตอบปฏิเสธการให้อนุญาตอย่างชัดเจน แต่กลับประวิงเวลาปล่อยให้การเจรจาถ่วงเลยไประยะเวลาหนึ่ง กฎหมายจึงถือว่าผู้ทรงสิทธิบัตรที่ปิดกั้นได้ปฏิเสธการอนุญาตตามที่ร้องขอแล้วโดยปริยาย เพื่อให้เป็นเหตุผลให้ผู้ทรงสิทธิบัตรที่ถูกปิดกั้นดำเนินการขอบังคับใช้สิทธิบัตรได้ตามมาตรา 47 นี้ ดังนั้นหากผู้ทรงสิทธิบัตรที่ปิดกั้นได้ปฏิเสธการอนุญาตอย่างชัดเจนแล้ว (refusal to license) ผู้ทรงสิทธิที่ถูกปิดกั้นจึงสามารถดำเนินการตามมาตรา 47 นี้ได้ทันที

อย่างไรก็ตาม การขอบังคับใช้สิทธิบัตรที่ปิดกั้นยังต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ตั้งแต่การสอบสวนคำขอตามมาตรา 49 จนถึงการออกใบอนุญาตจากอธิบดี ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 49 ในการยื่นคำขอใช้สิทธิตามมาตรา 46 มาตรา 47 หรือมาตรา 47 ทวิ ผู้ขอใช้สิทธิต้องเสนอค่าตอบแทน เงื่อนไขในการใช้สิทธิตามสิทธิบัตรและข้อจำกัดสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตร และผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรตามมาตรา 48 วรรคสอง พร้อมกับคำขอใช้สิทธิ สำหรับกรณีการขอใช้สิทธิตามมาตรา 47 ผู้ขอใช้สิทธิต้องยินยอมอนุญาตให้ผู้ทรงสิทธิบัตรที่ตนขอใช้สิทธิเป็นผู้มีสิทธิใช้สิทธิตามสิทธิบัตรของตนเป็นการตอบแทนด้วย

เมื่อได้รับคำขอใช้สิทธิตามมาตรา 46 มาตรา 47 หรือมาตรา 47 ทวิ แล้วให้พนักงานเจ้าหน้าที่แจ้งกำหนดวันสอบสวนคำขอไปยังผู้ขอใช้สิทธิ ผู้ทรงสิทธิบัตรและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรตามมาตรา 48 วรรคสอง ในการนี้ ให้ส่งสำเนาคำขอไปยังผู้ทรงสิทธิบัตรและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรตามมาตรา 48 วรรคสองด้วย

ในการสอบสวนตามวรรคสอง พนักงานเจ้าหน้าที่จะเรียกผู้ขอใช้สิทธิ ผู้ทรงสิทธิบัตร หรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรตามมาตรา 48 วรรคสอง มาให้ถ้อยคำชี้แจง ให้ส่งเอกสารหรือสิ่งใดเพิ่มเติมก็ได้ เมื่อพนักงาน

เจ้าหน้าที่ได้ดำเนินการสอบสวนและอธิบดีได้วินิจฉัยแล้ว ให้แจ้งคำวินิจฉัยไปยังผู้ขอใช้สิทธิ ผู้ทรงสิทธิบัตร และผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรตามมาตรา 48 วรรคสอง

คำวินิจฉัยของอธิบดีตามวรรคสาม คู่กรณีอาจอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการได้ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำวินิจฉัยนั้น”

จากกระบวนการต่างๆดังกล่าวนี้ ทำให้การบังคับใช้สิทธิบัตรที่ปิดกั้นสิทธิบัตรอื่นนั้น มีกระบวนการที่ต้องปฏิบัติหลายขั้นตอนและต้องอาศัยระยะเวลาพอสมควร เช่น ต้องมีการสอบสวนคำขอตามมาตรา 49 วรรคสองซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่อาจเรียกผู้ที่เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำชี้แจงหรือส่ง

เอกสาร จึงอาจไม่เหมาะสมกับการประกอบธุรกิจที่ต้องการความเร็วและมีสิทธิบัตรที่ปิดกั้น การใช้สิทธิบัตรอื่นในข้อกำหนดมาตรฐานเป็นจำนวนมาก อย่างเช่นในมาตรฐาน DVD ประกอบไปด้วยสิทธิบัตรที่จำเป็นต้องใช้ร่วมกันกว่าร้อยฉบับ และประกอบไปด้วยผู้ทรงสิทธิบัตรต่างๆเป็นจำนวนมาก หรืออีกนัยหนึ่งคือ สิทธิบัตรเหล่านั้นต่างปิดกั้นการใช้งานสิทธิบัตรฉบับอื่นๆตามมาตรฐาน DVD ทั้งสิ้น จึงน่าสงสัยว่ามาตรการตามมาตรา 47 นี้จะมีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพต่อการแก้ไขปัญหา blocking patent ในการอนุญาตใช้สิทธิบัตรเพื่อการผลิตตามมาตรฐานได้เพียงใด เพราะต้องไม่ลืมไปว่าเหตุผลประการหนึ่งของการร่วมกันกำหนดมาตรฐาน โดยกลุ่มผู้ประกอบการคือ ต้องการความเร็วให้มาตรฐานได้รับการยอมรับจากตลาดให้ทันกับการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีที่พัฒนาไปอย่างรวดเร็ว หากการนำมาตรฐานไปใช้ต้องติดขัดกับปัญหา blocking patent และต้องใช้กระบวนการตามมาตรา 47 ที่มีขั้นตอนตามกฎหมายมากมาย มาตรฐานนั้นก็คงไม่อาจบรรลุเป้าหมายดังกล่าวได้ทันที่

อย่างไรก็ดี มาตรการแก้ไขปัญหา blocking patent นี้ น่าจะเป็นประโยชน์ในการช่วยลดแรงจูงใจการปกปิดความมีอยู่ของสิทธิบัตร (hidden patent) ในกระบวนการคัดเลือกเทคโนโลยีในมาตรฐานได้ในระดับหนึ่ง เนื่องจากแม้มาตรฐานถูกประกาศออกมาแล้ว สิทธิบัตรฉบับใดที่ปิดกั้นการใช้มาตรฐานก็อาจถูกบังคับให้ใช้สิทธิ (หากเข้าเงื่อนไขอื่นๆในมาตรา 47 เช่น การประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรของผู้ถูกปิดกั้นมีความก้าวหน้าอย่างสำคัญทางเทคโนโลยีเมื่อเทียบกับสิทธิบัตรที่ปิดกั้นอยู่ เป็นต้น) โดยผู้ทรงสิทธิบัตรที่ปิดกั้นจะถูกบังคับให้ใช้สิทธิบัตร เป็นผลให้ผู้ทรงสิทธิบัตรที่กระทำการปกปิดสิทธิบัตรไม่สามารถมีอำนาจควบคุมเหนือมาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้นได้อันหนึ่ง ผู้ทรงสิทธิบัตรที่กระทำการปกปิดสิทธิบัตรจะยังมีสิทธิได้รับค่าตอบแทน (มาตรา 48) ตามที่ผู้ขอใช้สิทธิและผู้ถูกบังคับใช้สิทธิได้ตกลงกัน แต่หากตกลงกันไม่ได้ มาตรา 50 บัญญัติให้เป็นอำนาจของอธิบดี\* เป็นผู้กำหนดค่าตอบแทน ตลอดจนถึงสนใจในการใช้สิทธิและข้อจำกัดสิทธิตามที่อธิบดีเห็นสมควร นำสังเกตว่าผลของการปกปิดสิทธิบัตรตามกฎหมายสิทธิบัตรของไทยดังกล่าวนี้ ให้ผลที่แตกต่างจากแนวทางการใช้กฎหมายของสหรัฐฯซึ่งหากศาลฟังได้ความว่ามีเจตนาปกปิดสิทธิบัตรจริง ศาลสหรัฐฯจะปฏิเสธการบังคับสิทธิตามสิทธิบัตรของผู้ทรงสิทธิที่กระทำการปกปิดตามหลัก misuse ทำให้ผู้ทรงสิทธิจะไม่ได้รับค่าตอบแทนการใช้สิทธิบัตรในกรณีดังกล่าวเลย จึงสามารถลดแรงจูงใจการปกปิดสิทธิบัตรได้มากกว่าบทบัญญัติตามกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทย

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าเจตนาปกปิดสิทธิบัตรของผู้ทรงสิทธิบัตรที่จำเป็นดังกล่าวควรได้รับผลของการกระทำในเชิงการลงโทษเพื่อป้องปรามมิให้ใช้สิทธิบัตรเป็นเครื่องมือแสวงหาประโยชน์โดยไม่สุจริต โดยอาจกระทำได้โดยอาศัยกฎหมายอื่นๆ เช่น

\* ตามกฎกระทรวงฉบับนี้หมายความว่า อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญา

- กรณีเช่นนี้น่าจะถือได้ว่าการเจตนาปกปิดสิทธิบัตรในขั้นตอนกำหนดมาตรฐาน เป็นกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจการกระทำใดๆอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลายทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ ตาม พ.ร.บ.การแข่งขันทางการค้า มาตรา 29 เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ทรงสิทธิบัตรใช้ความคุ้มครองที่รัฐมอบให้เป็นเครื่องมือที่ส่งผลเสียต่อการแข่งขัน\* ซึ่งจะตรงกับแนวทางของ FTC ของสหรัฐฯที่ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็น “วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมที่ส่งผลกระทบต่อการค้า”\*\* มาโดยตลอด ซึ่งน่าจะเหมาะสมกว่าการพยายามปรับใช้กับมาตรา 25 (4)\*\*\* ซึ่งต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด เพราะการพิจารณาอำนาจเหนือตลาดในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเด็ดขาดในทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ควรถือเอาว่าผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดโดยไม่พิจารณาองค์ประกอบอื่นๆร่วมด้วย เพราะหากจะถือเอาว่าผู้ทรงสิทธิบัตรมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในตลาดเทคโนโลยีที่ตนได้รับความคุ้มครองจะไม่ใช่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิบัตรอย่างยิ่ง\*\*\*\* และในความเป็นจริง ก่อนที่มาตรฐานจะได้รับความนิยมในตลาด ผู้ทรงสิทธิบัตรที่ทำการปกปิดอาจไม่มีอำนาจเหนือตลาดเลยก็ได้ ด้วยเหตุผลนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรจะปรับเข้ากับมาตรา 29 จะเหมาะสมกว่า

- แม้ว่าจะไม่ปรากฏแน่ชัดว่าศาลยุติธรรมของไทยจะยอมรับหลักการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบ (misuse) มาปรับใช้เป็นการทั่วไปอย่างไรในสหรัฐอเมริกาหรือไม่ ประเทศไทยมีมาตรการควบคุมการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบปรากฏอยู่ในกฎหมายสิทธิบัตรหลายมาตรา เช่น การเพิกถอนสิทธิบัตร การตรวจคำขอรับสิทธิบัตร ฯลฯ ดังที่ได้อธิบายมาแล้วนั้น และรวมถึงในกฎกระทรวง ฉบับที่ 25 (พ.ศ.2542) ซึ่งเป็นการควบคุมข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบในแนวดิ่ง แต่ต่างก็เป็นบทบัญญัติที่เป็นการเฉพาะ และไม่ครอบคลุมถึงกรณีการปกปิดสิทธิบัตร (การปกปิดสิทธิบัตรเป็น

---

\* การกระทำที่เป็นความผิดตามมาตรา 29 นี้ผู้กระทำไม่ต้องมีฐานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างในกรณีของมาตรา 25 แต่ต้องสามารถพิสูจน์ความเสียหายจากกระทำนั้นได้ ดังนั้นในกรณีปกปิดสิทธิบัตรเช่นนี้จึงต้องพิสูจน์ความเสียหายจากการปกปิดสิทธิบัตรได้ เช่น การปกปิดสิทธิบัตรทำให้มาตรฐานที่ถูกกำหนดมีราคาสูงขึ้นเพราะหากไม่มีการปกปิดสิทธิบัตรจะเลือกใช้เทคโนโลยีอื่นซึ่งไม่มีการเรียกค่าตอบแทน และการที่มาตรฐานมีราคาสูงขึ้นก็อาจส่งผลเสียต่อการแพร่หลายของมาตรฐานในตลาดได้ จึงเป็นพฤติกรรมที่ส่งผลเสียหายต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นๆ เป็นต้น

\*\* The Federal Trade Commission Act section 5 (“Unfair methods of competition in or affecting commerce”)

\*\*\* พ.ร.บ.การแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มาตรา 25 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการ...(4) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควร”

\*\*\*\* รายละเอียดเรื่องอำนาจเหนือตลาดของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานี้ โปรดดูได้ในบทที่ 3

ขั้นตอนก่อนที่จะเกิดข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตร จึงไม่สามารถใช้กฎกระทรวง ฉบับที่ 25 บังคับเอาได้) อย่างไรก็ดี ศาลสามารถปรับกรณีเข้ากับหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลยุติธรรมของไทย ยึดถือมาตลอดคือ บุคคลที่มาศาลต้องมาด้วยมือที่สะอาด ศาลจะไม่บังคับสิทธิให้แก่ผู้ที่มาศาลด้วย มือที่ไม่สะอาด\* (unclean hands doctrine) ดังนั้นหากเกิดกรณีการปกปิดสิทธิบัตรขึ้นศาลอาจ ปฏิเสธการบังคับสิทธิให้กับโจทก์ (ผู้ทรงสิทธิที่กระทำการปกปิด) ด้วยเหตุผลว่ามีเจตนาไม่สุจริต ในการใช้สิทธิบัตรได้เช่นเดียวกัน



## สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

---

\* ซึ่งก็เป็นที่มาของหลักการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบของสหรัฐฯนั่นเอง สำหรับตัวอย่างการยอมรับหลักดังกล่าวมาใช้ในกฎหมายของไทย เช่น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ซึ่งเป็นบททั่วไป บัญญัติไว้ว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต”



## บทสรุปและข้อเสนอแนะ

### 5.1 บทสรุป

มาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้สามารถส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในอุตสาหกรรมที่มีลักษณะของเครือข่ายคือ อาจทำให้เกิดการผูกขาดโดยธรรมชาติ และเนื่องจากมาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้มักมีทรัพย์สินทางปัญญาเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นส่วนประกอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิบัตรซึ่งมีระดับความคุ้มครองตามกฎหมายในระดับสูงด้วยการมอบสิทธิเด็ดขาดให้แก่ผู้ประดิษฐ์สามารถกีดกันผู้อื่นออกไปจากสิ่งประดิษฐ์ของตนได้ ระยะเวลาหนึ่งซึ่งเป็นการผูกขาดโดยผลของกฎหมาย กลไกตลาดในตลาดเทคโนโลยีที่มีมาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้เข้ามาเกี่ยวข้องจึงไม่สามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพและจำเป็นที่กฎหมายการแข่งขันจะต้องเข้าไปแทรกแซงเท่าที่จำเป็นเพื่อพยายามกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ผูกขาดในตลาดเทคโนโลยีไม่ให้มีพฤติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และพยายามส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในตลาดสินค้า

รูปแบบการแข่งขันในอุตสาหกรรมที่มีลักษณะแบบเครือข่ายนั้น แบ่งออกเป็น 3 ลักษณะ คือ การเข้าร่วมเครือข่ายที่มีอยู่เดิมของผู้ประกอบการรายอื่น การปกป้องเครือข่ายของตนเองจากผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่ง และการสร้างเครือข่ายของตนเองขึ้นมาใหม่ ในเวทีการแข่งขันระดับโลก ประเทศผู้ประกอบการที่มีความสามารถทางเทคโนโลยีสูงมักจะเลือกสร้างเครือข่ายของตนเองขึ้นมาใหม่ และปกป้องเครือข่ายของตนเองจากคู่แข่ง เพราะการเป็นเจ้าของเทคโนโลยีเครือข่ายที่แพร่หลายนำมาซึ่งผลตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรที่จำเป็นสำหรับมาตรฐาน ตัวอย่างเช่น ประเทศจีนซึ่งมีผู้ประกอบการที่เป็นผู้ผลิตเครื่องเล่นในมาตรฐาน DVD อยู่จำนวนมาก โดยเป็นผู้ผลิตรายใหญ่อันดับสองรองจากสหรัฐอเมริกา แต่เมื่อหักค่าตอบแทนการใช้สิทธิบัตรให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตรซึ่งเป็นบริษัทข้ามชาติจากประเทศที่พัฒนาแล้วเป็นมูลค่ามหาศาล\* ผู้ประกอบการจีนกลับมีรายได้เพียงเล็กน้อยจากการผลิตเครื่องเล่น DVD ดังกล่าว รัฐบาลจีนจึงเร่งรัดให้ผู้ประกอบการจีนหันมาสร้างมาตรฐานสื่อบันทึกข้อมูลความจุสูงของตนเองขึ้นทดแทน

---

\* ผู้ประกอบการของประเทศจีนต้องจ่ายค่าตอบแทนการใช้สิทธิบัตรให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตรต่างประเทศตามมาตรฐาน DVD นับตั้งแต่ปี ค.ศ.2002-2004 มูลค่าโดยประมาณสูงถึงเกือบหนึ่งพันล้านเหรียญสหรัฐ (ที่มา จาก Beijing Time วันที่ 2/8/2004)

ซึ่งมีชื่อเรียกว่า EVD (Enhanced Versatile Disc) เพื่อลดค่าใช้จ่ายจากการใช้สิทธิบัตรตามมาตรฐาน DVD ลง\*

ในประเทศที่มีความสามารถทางเทคโนโลยีที่สามารถแข่งขันได้ แนวความคิดของ เศรษฐกิจแบบใหม่ (new economy) ซึ่งเป็นเศรษฐกิจที่อาศัยนวัตกรรมเป็นตัวขับเคลื่อนในระยะ หลังทำให้ประเทศต่างๆหันมาปรับปรุงการใช้มาตรการทางกฎหมายที่เป็นการส่งเสริมต่อการ พัฒนานวัตกรรมให้มากยิ่งขึ้น ดังจะเห็นได้จากสนับสนุนให้มีการร่วมมือกันวิจัยและพัฒนา เทคโนโลยีระหว่างผู้ประกอบการซึ่งจะให้ผลดีต่อการพัฒนานวัตกรรมด้วยการปรับปรุงและแสดง ความชัดเจนในแนวทางการใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดในสหรัฐอเมริกา\*\*

แต่สำหรับประเทศที่มีขีดความสามารถทางเทคโนโลยีค่อนข้างจำกัดอย่างเช่นประเทศไทย แม้ว่าการส่งเสริมให้มีการพัฒนาเทคโนโลยีโดยภาคเอกชน เช่น การเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการ ร่วมกันจัดตั้งมาตรฐานอุตสาหกรรมของตนเองขึ้นจะมีประโยชน์ต่อความสามารถในการแข่งขัน ของผู้ประกอบการของไทยก็ตาม แต่เราก็ไม่อาจปฏิเสธความจำเป็นต่อการนำเข้าเทคโนโลยีจาก ต่างประเทศที่ยังคงมีความสำคัญเช่นเดียวกัน เพราะในอุตสาหกรรมที่ต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูงและมีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วอย่างเช่นอุตสาหกรรมอิเล็กทรอนิกส์ การจัดตั้งมาตรฐานที่ใช้ เทคโนโลยีขั้นสูงจึงมีแนวโน้มที่จะเกิดขึ้นในประเทศที่พัฒนาแล้วเช่น สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นและ ประเทศในสหภาพยุโรป มากกว่าที่จะเกิดในประเทศกำลังพัฒนาอย่างประเทศไทย การกำหนด มาตรฐานการเชื่อมต่อขึ้นมาใหม่เป็นของตนเองอาจจะมีผู้ประกอบการเพียงส่วนน้อยที่มี

---

\* นอกจากนี้รัฐบาลจีนยังมีสนับสนุนให้สร้างมาตรฐานในอุตสาหกรรมอื่นๆอีก เช่น มาตรฐานเครือข่าย คอมพิวเตอร์ไร้สายที่ชื่อว่า WAPI (WLAN Authentication and Privacy Infrastructure) และในสหภาพยุโรปก็ ผลักดันมาตรฐานเครือข่ายไร้สายของตนเองขึ้นเช่นกัน ซึ่งทำให้กลุ่มผู้ประกอบการเครือข่ายไร้สายต้องยอม กำหนดมาตรฐานขึ้นใหม่ชื่อ IEEE 802.11h เพื่อใช้เฉพาะในสหภาพยุโรปโดยเฉพาะ

\*\* นอกจากนี้ในสหรัฐฯยังปรากฏการฟ้องคดีต่ออุปสรรคในการพัฒนาเทคโนโลยีในธุรกิจรูปแบบ อื่นๆอีก เช่น ในปี ค.ศ.2000 ศาล Federal Circuit ได้ตัดสินคดี *Festo Corp. v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co.*, 234 F.3d 558, 563-64 (Fed. Cir. 2000) ที่มีผลเป็นการลดขอบเขตการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรที่มาจาก หลักการตีความที่เรียกว่า "ทฤษฎีของความเท่าเทียมกัน" (The doctrine of equivalents) ซึ่งเป็นหลักการตีความใน ข้อถ้อยสิทธิต่างๆไม่เคร่งครัดทำให้การคุ้มครองสิทธิตามสิทธิบัตรถูกขยายขอบเขตออกไปอย่างกว้างขวาง หลักนี้มี ที่มาจากคำตัดสินของศาลสูงสุดในคดี *Winans v. Denmead*, 56 U.S. 330 (1853) เพื่อให้การคุ้มครองผู้ทรง สิทธิบัตรจากการถูกลอกเลียนโดยอาศัยช่องว่างของข้อความข้อถ้อยสิทธิ (claim) ที่เป็นลายลักษณ์อักษร ผลของ หลักนี้ทำให้ผู้ทรงสิทธิบัตรในสหรัฐฯอาจได้รับความคุ้มครองอย่างกว้างขวางแม้จะไม่มีปรากฏในข้อถ้อยสิทธิตี่ ตาม แต่การคุ้มครองสิทธิบัตรอย่างกว้างขวางก็ส่งผลเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาและนำเทคโนโลยีไปใช้งาน เพราะอาจเป็นการละเมิดสิทธิบัตรของผู้อื่นได้แม้จะไม่ระบุในข้อถ้อยสิทธิตี่ตาม แต่หลังจากคำตัดสินในคดีนี้ทำให้ ผู้ทรงสิทธิบัตรในสหรัฐฯได้รับความคุ้มครองที่แคบลงจากเดิมซึ่งจะเป็นผลดีต่อการพัฒนาสิ่งประดิษฐ์ในอนาคต

ความสามารถทางเทคโนโลยีเพียงพอที่จะร่วมกันพัฒนาและกำหนดมาตรฐานเป็นของตนเองได้ ในขณะที่ผู้ประกอบการส่วนใหญ่ในประเทศจำเป็นต้องเข้าร่วมในเครือข่ายของผู้ประกอบการจากต่างประเทศ และข้อจำกัดของมาตรการการป้องกันการผูกขาดภายในประเทศจะมีผลบังคับใช้ เฉพาะกับผู้ประกอบการต่างชาติที่มีธุรกิจในประเทศไทยเท่านั้น กฎหมายจึงไม่สามารถควบคุม พฤติกรรมที่เป็นการจำกัดและกีดกันการแข่งขันในตลาดของผู้ประกอบการต่างชาติที่ขายสินค้า หรือบริการโดยมิได้มีกิจการในประเทศไทย ที่แม้ว่าการกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อฯจะมี ผลกระทบต่อการแข่งขันในประเทศไทยที่ต้องนำเข้าเทคโนโลยีตามสิทธิบัตรจากผู้ทรงสิทธิบัตร ในต่างประเทศเข้ามาใช้ ดังนั้นในขั้นแรกผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การใช้กฎหมายการแข่งขันทาง การค้าและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง (อย่างเช่นกฎหมายสิทธิบัตร) ในประเทศไทยจึงควรให้ ความสำคัญกับพฤติกรรมที่เข้าร่วมเครือข่ายของผู้อื่น (to join existing networks) เป็นสำคัญ และ พยายามส่งเสริมให้ผู้ประกอบการในประเทศมีการร่วมมือกันเพื่อพัฒนาเทคโนโลยีและจัดตั้ง มาตรฐานการเชื่อมต่อของตนเองเท่าที่จะทำได้ (to establish new networks) พร้อมกับสร้างสมดุล การให้ความคุ้มครองเครือข่ายที่ผู้ประกอบการจัดตั้งขึ้น (to protect established networks) ให้อยู่ใน ระดับที่สามารถรักษาแรงจูงใจ (incentive) ของผู้ประกอบการในการพัฒนานวัตกรรมและโอกาส (opportunity) ของผู้ประกอบการรายอื่นในการพัฒนานวัตกรรมขึ้นมาแข่งขันในตลาดได้ด้วย

ผู้เขียนจึงขอแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 3 ลักษณะดังกล่าวข้างต้น เพื่อศึกษาว่ากฎหมายใน ปัจจุบันของประเทศไทยเอื้ออำนวยต่อพฤติกรรมทั้ง 3 ลักษณะนั้นอย่างไร

- การเข้าร่วมในเครือข่ายที่มีอยู่เดิม (to join existing networks) และการให้ความคุ้มครอง เครือข่ายที่ผู้ประกอบการจัดตั้งขึ้น (to protect established networks)

เนื่องจากมาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้จะเป็นสิ่งกำหนดว่าสินค้านั้นอยู่ใน เครือข่ายใด ดังนั้นการเข้าร่วมในเครือข่ายของผู้ประกอบการรายอื่น ผู้ประกอบการจึงจำเป็นต้อง ผลิตสินค้าให้ได้ตามข้อกำหนดในมาตรฐาน (specification) เพื่อให้สามารถเข้าร่วมในเครือข่ายของ ผู้อื่นซึ่งส่วนใหญ่จะมีทรัพย์สินทางปัญญาเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ดังนั้นความสามารถในการเข้าร่วมใน เครือข่ายจะขึ้นอยู่กับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (โดยเฉพาะกับสิทธิบัตร) เป็นหลัก ว่ากฎหมาย จะให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญาที่จำเป็นสำหรับการเข้าถึง (access) เครือข่ายในระดับใด หากประเทศไทยให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแก่ผู้ทรงสิทธิในระดับสูง การเข้าถึงเครือข่าย ของผู้ประกอบการอื่นก็จะเป็นไปด้วยความลำบาก แต่ถ้าให้ความคุ้มครองในระดับต่ำ เช่น มี บทบัญญัติข้อยกเว้นให้ผู้อื่นสามารถใช้สิทธิได้โดยไม่ต้องขออนุญาตผู้ทรงสิทธิก่อน หรือการ บังคับใช้สิทธิโดยรัฐ จะทำให้การเข้าถึงเครือข่ายเป็นไปได้สะดวกยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม ระดับความ คุ้มครองนั้นต้องไม่ต่ำไปกว่าพันธกรณีจากการที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกขององค์การการค้า โลก (WTO) ที่จะต้องอนุวัติกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามข้อตกลงว่าด้วย สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า ที่เรียกว่าข้อตกลง TRIPS (agreement on Trade-

Related Aspects of Intellectual Property Rights) ซึ่งมีหลักเกณฑ์และมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาว่าประเทศสมาชิกจะให้ความคุ้มครองต่ำกว่าระดับที่บัญญัติไว้ในข้อตกลง TRIPS ไม่ได้ แต่สามารถให้ความคุ้มครองในระดับที่สูงกว่าได้ แต่ความคุ้มครองในระดับที่สูงกว่านั้นจะต้องไม่ขัดแย้งกับหลักการและบทบัญญัติของข้อตกลง TRIPS<sup>1</sup> ซึ่งกฎหมายสิทธิบัตรของไทยต้องบัญญัติให้สอดคล้องกับพันธกรณีดังกล่าวด้วยจึงไม่สามารถที่จะลดระดับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาได้ตามอำเภอใจ

ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 แก้ไขโดย พ.ร.บ.สิทธิบัตร (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2542 มาตรา 46 ได้บัญญัติมาตรการบังคับใช้สิทธิ (Compulsory licensing) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขปัญหาความขาดแคลนผลิตภัณฑ์ที่จำเป็นและสนองตอบความต้องการภายในประเทศ เพราะกฎหมายสิทธิบัตรต้องการให้มีการนำสิทธิบัตรออกใช้ให้เกิดประโยชน์แก่สังคม แต่มาตรการดังกล่าวมิได้เป็นบทบัญญัติที่มุ่งแก้ไขปัญหาการแข่งขันทางการค้าที่ผู้มีอำนาจเหนือตลาดมีอำนาจครอบครองโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็น (essential facilities) กระทำการอันเป็นการกีดกันคู่แข่งอื่นให้ออกไปจากตลาด ดังนั้นตราบใดที่ผู้มีอำนาจเหนือตลาดยังคงใช้สิทธิบัตรของตนผลิตสินค้าออกสู่ตลาด แม้การไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรที่จำเป็นจะทำให้ผู้ประกอบการอื่นถูกกีดกันออกจากตลาด กฎหมายสิทธิบัตรก็จะไม่เข้าไปบังคับผู้ทรงสิทธิบัตรเพราะเป็นเรื่องที่อยู่นอกวัตถุประสงค์ของกฎหมายสิทธิบัตรแม้ว่าสิทธิบัตรนั้นจะจำเป็นต่อการแข่งขันในตลาดสินค้าก็ตาม

จึงจะเห็นได้ว่า กฎหมายสิทธิบัตรของไทยไม่สามารถบังคับผู้ทรงสิทธิบัตรที่จำเป็นตามมาตรฐานให้อนุญาตแก่ผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งสามารถเข้าถึงเครือข่ายได้โดยไม่สมัครใจ \* โดยที่กฎหมายสิทธิบัตรจะไม่คำนึงว่าผู้ทรงสิทธิบัตรนั้นจะมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้เพราะประเด็นเรื่องการแข่งขันมิใช่วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายสิทธิบัตรนั่นเอง

หากผู้ทรงสิทธิบัตรมีพฤติกรรมในขั้นตอนกำหนดมาตรฐานที่มีขอบ (abuse of standard setting process) ซึ่งจะถูกรตรวจสอบจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าดังเช่น กรณี group boycott (มาตรา 27) หรือการเจตนาปิดสิทธิบัตร (มาตรา 29) เพื่อให้กระบวนการกำหนดมาตรฐานเป็นไปด้วยความโปร่งใสและยุติธรรม และเมื่อมาตรฐานถูกกำหนดขึ้นแล้วแพร่หลายในตลาด จนกระทั่งผู้ทรงสิทธิบัตรที่จำเป็นสำหรับมาตรฐานมีฐานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันตามมาตรา 3 ของพ.ร.บ.การแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 การใช้อำนาจเหนือตลาดที่

<sup>1</sup> TRIPS agreement Article 1.1

\* อย่างไรก็ดี กฎหมายสิทธิบัตรของไทยมีมาตรการป้องกันมิให้ผู้ทรงสิทธิบัตร (ซึ่งจะมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ก็ตาม) ใช้สิทธิบัตรเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิบัตรในแนวนี้ ตามมาตรา 39 ประกอบกับกฎกระทรวง ฉบับที่ 25 (พ.ศ.2542) ซึ่งเป็นการป้องกันมิให้ผู้ทรงสิทธิบัตรใช้ฐานะที่ได้เปรียบจากมาตรฐานกำหนดเงื่อนไขที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม



เกี่ยวข้องกับสิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายสิทธิบัตรด้วยการปฏิเสธให้ใช้สิทธิบัตรซึ่งมีผลเป็นการกีดกันผู้ประกอบการอื่นที่เป็นคู่แข่งกันไม่ให้เข้าถึงมาตรฐานน่าจะถือว่าเป็นพฤติกรรมที่เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นโดยไม่สมควร ตามมาตรา 25 (4) เพื่อเป็นการควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดที่ได้รับจากมาตรฐานที่แพร่หลาย เพื่อให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าหรือศาลแล้วแต่กรณี อาศัยอำนาจตามมาตรา 31 และมาตรา 34 ตั้งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบธุรกิจ ระวัง หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกีดกันดังกล่าว ซึ่งก็คือเป็นการบังคับให้ใช้สิทธิบัตรของผู้ประกอบธุรกิจนั้นให้แก่ผู้ประกอบการรายอื่นที่ต้องการเข้าถึงมาตรฐานโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ทั้งนี้เพราะผู้เขียนมีความเห็นว่า การปฏิเสธการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรของผู้ทรงสิทธิบัตรแม้จะเป็นการใช้สิทธิเด็ดขาดซึ่งเป็นสิทธิในทางปฏิเสธที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกีดกันคู่แข่งออกไปจากการผลิต การใช้ การจำหน่ายสิ่งประดิษฐ์ที่ได้รับความคุ้มครอง (ซึ่งในกรณีปกติจะถือเป็นการใช้สิทธิตามปกติของผู้ทรงสิทธิบัตรในการทำธุรกิจการค้าที่จะเลือกอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิ่งประดิษฐ์แทนตนหรือจะหวงแหนไว้เพื่อใช้สิ่งประดิษฐ์ด้วยตนเองก็ตาม) แต่เมื่อสิทธิบัตรนั้นมีความจำเป็นสำหรับมาตรฐานที่แพร่หลายจนทำให้ผู้ทรงสิทธิบัตรเป็น “ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” การใช้สิทธิเด็ดขาดของผู้ทรงสิทธิบัตรจึงมิได้เป็นการใช้สิทธิเพื่อกีดกันผู้อื่นออกไปจากสิ่งประดิษฐ์เพื่อการรักษาประโยชน์ของผู้ประดิษฐ์ไว้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายสิทธิบัตรเท่านั้น แต่จะเป็นการกีดกันผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งกันออกไปจากมาตรฐานที่แพร่หลายนั้นซึ่งเป็นการกระทำที่อยู่นอกเหนือวัตถุประสงค์ของกฎหมายสิทธิบัตรและถือเป็นประเด็นตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ควรเป็นอำนาจของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าหรือศาลแล้วแต่กรณีจะมีคำสั่งเพื่อขจัดพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดมิให้ใช้อำนาจเหนือตลาด (ซึ่งเป็นอำนาจตลาดที่ได้มาจากมาตรฐานที่แพร่หลายเป็นหลัก มิใช่จากสิทธิบัตร\*) ในทางที่มีขอบแม้ว่าผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้นจะเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างสิทธิบัตรก็ตาม\*\*

ผู้เขียนยังมีความเห็นอีกว่า การใช้แนวทางการบังคับใช้สิทธิบัตรผ่านมาตรา 25 (4) ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะเป็นผลดีต่อการควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดจากมาตรฐานที่แพร่หลายซึ่งถูกกำหนดขึ้นนอกราชอาณาจักรและไม่สามารถหลีกเลี่ยงการยอมรับมาตรฐานที่ใช้

\* ดังที่ Mark R. Patterson (2002) ได้ชี้ให้เห็นว่ามีความแตกต่างกันระหว่างความต้องการในนวัตกรรมใหม่ ๆ กับความต้องการที่เกิดจากความแพร่หลายของมาตรฐานในตลาด ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาสมควรได้รับรางวัลเป็นค่าตอบแทนเพราะคนในสังคมต้องการนวัตกรรมใหม่ ๆ มิใช่เพราะสิ่งนั้นจำเป็นสำหรับมาตรฐานที่แพร่หลายในตลาด

\*\* นั่นคือการถือปฏิบัติตามแนวทางการใช้ Article 82 ของกฎหมายการแข่งขันของสหภาพยุโรป

แพร่หลายนั้นได้โดยง่าย ดังนั้นเพื่อเป็นการป้องกันการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากการร่วมกันกำหนดมาตรฐานจากนอกประเทศซึ่งอยู่นอกเหนือการควบคุมของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย จึงจำเป็นต้องมีมาตรการป้องกันการเอารัดเอาเปรียบจากผู้ทรงสิทธิบัตรจากต่างประเทศซึ่งจำเป็นสำหรับมาตรฐานที่แพร่หลายด้วยการปฏิเสธการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรเพื่อกีดกันผู้ประกอบการในประเทศไทยออกจากมาตรฐานโดยอาศัยมาตรา 25 (4) ของกฎหมายการแข่งขัน (ซึ่งเป็นส่วนที่อยู่นอกเหนือจากมาตรการบังคับใช้สิทธิบัตรตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522) ควบคู่ไปกับมาตรการควบคุมข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน โดยไม่เป็นธรรมตามกฎหมายฉบับที่ 25 (พ.ศ.2542)\* เพื่อให้ผู้ประกอบการในประเทศไทยสามารถเข้าแข่งขันในตลาดสินค้าภายใต้มาตรฐานที่อยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ประกอบการต่างชาติได้โดยไม่มีสิทธิบัตรเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดและไม่ถูกเอาเปรียบจากการกำหนดเงื่อนไขที่เอาเปรียบผู้ขออนุญาตใช้สิทธิจนเกินไป ซึ่งจะส่งผลให้เกิดการแข่งขันกันอย่างเสรีในตลาดสินค้าและเป็นผลดีต่อผู้บริโภคสินค้าในประเทศอีกด้วย

- การจัดตั้งเครือข่ายของตนเองขึ้นมาใหม่ (to establish new networks)

วิธีการจัดตั้งเครือข่ายขึ้นมาใหม่โดยอาศัยมาตรฐานการเชื่อมต่อสามารถกระทำได้ทั้งการอาศัยการยอมรับจากตลาด (de facto standard) ด้วยการนำสินค้าภายใต้มาตรฐานของตนเองออกสู่ตลาดเพื่อแข่งขันกับมาตรฐานอื่นๆในตลาด หรือการจัดตั้งจากองค์กรมาตรฐานอย่างเป็นทางการ (de jure standard) โดยการเสนอข้อกำหนดมาตรฐานให้องค์กรกำหนดมาตรฐานอย่างเป็นทางการพิจารณาข้อกำหนดและรับรองให้เป็นมาตรฐาน หรือการร่วมกันกำหนดมาตรฐานขึ้นเองโดยกลุ่มผู้ประกอบการ (consensus standard) แต่ละวิธีการต่างก็มีข้อดีและข้อเสียแตกต่างกันไปดังที่ได้อธิบายผ่านมาแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าวิธีการที่เหมาะสมกับสภาพตลาดในปัจจุบันที่ต้องการความรวดเร็วของมาตรฐาน โดยเฉพาะกับเศรษฐกิจของประเทศไทยที่มีขนาดไม่ใหญ่โตนักการเกิดการประหยัดต่อขนาดในด้านการผลิตครั้งละจำนวนมากย่อมเกิดประโยชน์ต่อการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ การแก้ปัญหาการขาดแคลนกำลังทรัพย์ในการลงทุนวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ของผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม การขาดแคลนบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญในสาขาที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาเทคโนโลยี เหตุผลต่างๆเหล่านี้จึงสนับสนุนให้ประเทศไทยควรสนับสนุนให้เกิดการร่วมกันกำหนดมาตรฐานของผู้ประกอบการในประเทศเพื่อการเพิ่มพูนความสามารถในการแข่งขันในเศรษฐกิจแบบใหม่ในระดับโลก

---

\* ซึ่งเป็นมาตรการควบคุมข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในแนวดิ่ง ที่ผู้ประกอบการในประเทศไทยจำต้องขออนุญาตใช้สิทธิบัตรจากผู้ทรงสิทธิบัตรจากต่างประเทศเพื่อการผลิตสินค้าตามมาตรฐานที่แพร่หลาย

อย่างไรก็ตาม การร่วมกันกำหนดมาตรฐานโดยผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันอาจจะติดขัดกับบทบัญญัติในพ.ร.บ.การแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มาตรา 27 (3) เพราะการร่วมกันกำหนดมาตรฐานเป็นกรณี “ผู้ประกอบการธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบการอื่นกระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้านั้น” ผลของการร่วมกันกำหนดมาตรฐานย่อมทำให้การแข่งขันใน “ตลาดเทคโนโลยี” ลดลง และเป็นการร่วมกันกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อซึ่งสามารถก่อให้เกิดการผูกขาดตามธรรมชาติและทำให้ผู้ประกอบการเข้าครอบครองตลาดได้ในที่สุด (มาตรา 27 (3) “ทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาด) ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าสมควรให้มีการแก้ไขมาตรา 27 วรรคสอง โดยเพิ่ม (3) ให้สามารถขออนุญาตกระทำได้ตามความจำเป็นทางธุรกิจ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเพื่อเปิดโอกาสให้เกิดการร่วมกันกำหนดมาตรฐานด้วยการอ้างความจำเป็นทางธุรกิจนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพึงพิจารณาถึงสภาพของอุตสาหกรรมนั้นว่ามีความจำเป็นต้องกำหนดมาตรฐานการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้มากน้อยเพียงใด เพราะการร่วมกันกำหนดมาตรฐานฯ โดยไม่มีความจำเป็นอาจเป็นช่องทางให้ผู้ประกอบการลดการแข่งขันในระดับเทคโนโลยีทั้งที่เป็นมาตรฐานในอุตสาหกรรมที่มีปัญหาความเข้ากันได้ต่ำ ซึ่งการมีหรือไม่มีมาตรฐานการเชื่อมต่อในอุตสาหกรรมเหล่านั้นมิได้ส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของผู้บริโภคและการแข่งขันอย่างเป็นนัยยะสำคัญ เพราะถึงอย่างไรผู้ประกอบการที่ต้องการเข้าสู่ตลาดก็สามารถผลิตสินค้าที่สามารถใช้ร่วมกับหรือแทนกับสินค้าของผู้ประกอบการเดิมที่อยู่ในตลาดได้อยู่แล้ว เช่น การกำหนดขนาดของเสื่อเช็ดให้เป็นอย่างเดียวกัน แม้จะไม่มีมาตรฐานเรื่องขนาดของเสื่อให้เท่ากันในแต่ละเบอร์ของผู้ผลิต (และในความเป็นจริงเสื่อที่ผลิตในแต่ละทวีปที่ใช้เบอร์เดียวกันก็มีขนาดไม่เท่ากัน) ผู้ประกอบการรายใหม่ที่ต้องการเข้าสู่ตลาดเสื่อเช็ดไม่จำเป็นต้องผลิตโดยให้มีขนาดเบอร์ที่เท่ากับเสื่อเช็ดจากผู้ประกอบการเดิมในตลาด ก็ยังสามารถแข่งขันกันได้เพราะขนาดที่ไม่เท่ากันของเบอร์เสื่อไม่มีผลกระทบต่อการแข่งขันในสาระสำคัญในทางกลับกัน การที่ผู้ประกอบการตกลงใช้มาตรฐานการเชื่อมต่อเดียวกันกลับจะเป็นการลดทางเลือกของผู้บริโภคในการเลือกซื้อสินค้าที่หลากหลายซึ่งเป็นผลเสียต่อการแข่งขัน เช่น การร่วมกันกำหนดให้ตำแหน่งของกระดุมบนเสื่อของผู้ผลิตทุกรายให้มีลักษณะและตำแหน่งเดียวกัน ซึ่งอาจจะเป็นประโยชน์ต่อการผลิตที่สะดวกในการจัดหาวัสดุและการตัดเย็บมากขึ้นและทำให้ต้นทุนการผลิตลดลงได้บางส่วน แต่การกำหนดเช่นนี้มีได้เป็นประโยชน์ต่อการใช้งานของผู้บริโภคในสาระสำคัญ แต่กลับเป็นการลดความหลากหลายสินค้าซึ่งผู้บริโภคอาจมีความชอบที่แตกต่างกันไป เป็นต้น

ตัวอย่างของอุตสาหกรรมที่มีประเด็นเรื่องการเชื่อมต่อและความเข้ากันได้สูง เช่น ในมาตรฐาน DVD ที่ผู้เขียนยกขึ้นเป็นกรณีศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ในข้อกำหนดทางเทคนิค

จะต้องมีการกำหนดอย่างละเอียดถี่ถ้วนเพื่อให้สินค้าที่ผลิตสามารถทำงานร่วมกันหรือแทนกันได้ อย่างสมบูรณ์ หากผู้ประกอบการรายใหม่ต้องการเข้าสู่ตลาดโดยผลิตสินค้าของตนเองขึ้น โดยพยายามให้ทำงานร่วมกับสินค้าตามมาตรฐาน DVD (โดยไม่ต้องคำนึงถึงประเด็นการละเมิด สิทธิบัตร) ก็ไม่สามารถจะทำได้โดยง่าย และผู้บริโภคที่ซื้อสินค้าที่ผลิตไม่เป็นไปตามข้อกำหนด มาตรฐานอาจประสบกับปัญหาไม่สามารถใช้งานได้กับสินค้าตามมาตรฐาน DVD

หลังจากพิจารณาได้แล้วว่าอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานนั้นมีปัญหาความเข้ากันได้ สูง การพิจารณาการร่วมกันกำหนดมาตรฐานโดยผู้ประกอบการควรเป็นไปในลักษณะที่เป็น ประโยชน์ต่อการแข่งขันทั้งในระดับตลาดเทคโนโลยีและตลาดสินค้า กล่าวคือ การร่วมกันกำหนด มาตรฐานต้องไม่มีเงื่อนไขจำกัดผู้ประกอบการที่เข้าร่วมกำหนดมาตรฐานและผู้ประกอบการที่ ต้องการนำมาตรฐานไปใช้งานมิให้เข้าร่วมหรือให้การสนับสนุนมาตรฐานอื่นๆซึ่งจะเป็นคู่แข่งกับ มาตรฐานที่จัดตั้ง เพื่อไม่ให้ใช้การกำหนดมาตรฐานเพื่อกีดกันมาตรฐานอื่นไม่ให้เข้าสู่ตลาด หรือให้ออกไปจากตลาด และควรมีข้อกำหนดให้ผู้ทรงสิทธิบัตรที่จำเป็นสำหรับมาตรฐานให้ความ ยินยอมล่วงหน้าในการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรแก่ผู้ประกอบการทุกรายที่ต้องการเข้าถึงมาตรฐาน ภายใต้อาณัติ FRND เพื่อจำกัดสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรลงให้มั่นใจได้ว่าการกำหนดมาตรฐาน ดังกล่าวจะสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันในตลาดสินค้าซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคอย่างแท้จริง และที่สำคัญเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการที่มีความศักยภาพรายใหม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้โดย ไม่ถูกปิดกั้นเพื่อให้ผู้ประกอบการเกิดความพยายามพัฒนาเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเหนือกว่าเข้า มาแทนที่มาตรฐานเดิม หรือเข้ามาแข่งขันในตลาดเพื่อไม่ให้ผู้ประกอบการที่ครอบครองมาตรฐาน ที่มีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบเพราะไม่มีคู่แข่งที่มีประสิทธิภาพ ใกล้เคียงกัน และยิ่งช่วยไม่ให้เกิดการหน่วงเหนี่ยวการพัฒนาของผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้อีกด้วย

กระบวนการกำหนดคัดเลือกเทคโนโลยีควรเป็นไปโดยโปร่งใสและยุติธรรมต่อ ผู้ประกอบการที่เข้าร่วมทุกฝ่าย เพื่อให้มาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้นเป็นมาตรฐานที่มีคุณภาพและราคา ที่เหมาะสมที่สุด มิใช่การกำหนดมาตรฐานโดยยึดผลประโยชน์ของผู้ประกอบการบางรายเป็นที่ตั้ง แล้วรวมหัวเพื่อกีดกันเทคโนโลยีของผู้ประกอบการอื่นไม่ให้ได้รับเลือกเป็นมาตรฐาน อีกทั้งการ ร่วมมือกันควรจำกัดเฉพาะในประเด็นทางเทคนิคเพื่อร่วมกันพัฒนามาตรฐาน หากมีการร่วมตกลง กันในทางการค้า เช่น ตกลงเพื่อแบ่งแยกตลาดระหว่างกัน การตกลงเพื่อเจรจากำหนดผลตอบแทน จากการใช้สิทธิบัตรหลังมาตรฐานออกสู่ตลาด ซึ่งจะส่งผลเสียต่อการแข่งขันและกลายเป็นเพียงการ รวมตัวเพื่อจำกัดการแข่งขันในรูปแบบหนึ่ง



## 5.2 ข้อเสนอแนะ

- ควรมีการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ในมาตรา 27 วรรคสอง เพื่อให้ผู้ประกอบการที่มีความจำเป็นทางธุรกิจสามารถขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ยกเว้นการใช้บทบัญญัติ ม.27 (3) ได้ตามความจำเป็นทางธุรกิจ

- ควรมีแนวทางการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มาตรา 25 เพื่อควบคุมผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดจากมาตรฐานที่แพร่หลาย โดยประกอบกับมาตรการควบคุมข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในแนวคิ่งตามกฎหมายสิทธิบัตร โดยเฉพาะในกรณีที่มีการทำข้อตกลงใช้สิทธิบัตรร่วมกันซึ่งจะเพิ่มอำนาจต่อรองของผู้ทรงสิทธิบัตรให้เข้มแข็งขึ้น

- ควรปรับแก้กฎกระทรวง ฉบับที่ 25 (พ.ศ.2542) ตามพ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522 ในเรื่องการโอนกลับสิทธิบัตรที่ได้รับการปรับปรุงให้ดีขึ้น (grant-back) จากเดิมที่อนุญาตให้โอนกลับแบบเด็ดขาดได้โดยมีค่าตอบแทนตามสมควรซึ่งทำให้ผู้ประกอบการในประเทศเสียเปรียบจากการต้องถ่ายทอดเทคโนโลยีที่ได้ปรับปรุงให้ดีขึ้นกลับไปให้ผู้ให้อนุญาตใช้สิทธิ โดยเฉพาะกับผู้ประกอบการที่ไม่มีอำนาจต่อรองกับผู้ทรงสิทธิบัตรจึงจำเป็นต้องยอมรับเงื่อนไขเพื่อให้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรที่จำเป็นสำหรับมาตรฐาน ซึ่งเป็นการไม่ยุติธรรมสำหรับผู้ประกอบการในประเทศ โดยควรเปลี่ยนมาเป็นการอนุญาตเฉพาะการโอนกลับแบบไม่เด็ดขาดและมีค่าตอบแทนตามสมควร เพื่อให้ผู้ประกอบการไทยสามารถใช้ประโยชน์จากสิทธิบัตรที่ปรับปรุงขึ้นได้อย่างเต็มที่

## รายการอ้างอิง

### ภาษาไทย

จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายสิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544.

ชัยวุฒิ ชัยพันธุ์, หลักและทฤษฎีเศรษฐศาสตร์พื้นฐาน, โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และสุชีรี สุภนิตย์, การคุ้มครองผู้บริโภค (โครงการแผนแม่บทกระทรวงพาณิชย์ พ.ศ.2540-2549 เสนอกระทรวงพาณิชย์). กรุงเทพมหานคร : ฝ่ายการวิจัยเศรษฐกิจ  
รายสาขา สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2541.

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และเสาวลักษณ์ ชิวลีชิตยานนท์. โครงการการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆเพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า. มูลนิธิสถาบันเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, สิงหาคม 2544.

ทิวา เงินขวง, เศรษฐกิจการเมืองสำหรับนักกฎหมาย, 2529.

รัชชัย สุขผลศิริ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544.

ยรรยง พวงราช, คำอธิบายกฎหมายสิทธิบัตร, สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542.

วิจิตร บุญชู, เปิดโลกดีวีดี, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เนชั่น มัลติมีเดีย กรุ๊ป, 2545.

ศักดิ์ดา ธนิตกุล, กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ (ทรัพย์สิน สัตว์ และละเมิด), สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544.

ศุภลักษณ์ ลาภทวีโชค, ปัญหาความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายสิทธิบัตรและกฎหมายป้องกันการผูกขาด, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย ฉบับที่ 1-2, 2542.

สรวิศ ลิ้มปรงสี. กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา: ฉบับรวมบทความ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.

สำนักงานเศรษฐกิจอุตสาหกรรมและศูนย์บริการวิชาการแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, โอกาสของอุตสาหกรรมอิเล็กทรอนิกส์ไทยในตลาดโลก, สิงหาคม 2545

Kenichi Miyashita, David Russell (แปลและเรียบเรียงโดย เขาวภา พุกกะคุปต์, ปรีทรรศน์ พันธุบรรยงก์ และ พีระพนธ์ โสพัศสถิตย์), KEIRETSU: Inside the hidden Japanese conglomerates, McGraw-Hill, Inc. 1996.

Robin Bade, Michael Parkin (แปลโดย จุฑามาศ ทวีไพบูลย์วงษ์), Foundation of Microeconomics (เศรษฐศาสตร์จุลภาค), สำนักพิมพ์เพียร์สัน เอ็ดดูเคชั่น อินโดไชน่า จำกัด, 2548.

Shafiq Dhanani, Philippe Scholtes, ความสามารถทางการแข่งขันของอุตสาหกรรมไทย: การส่งเสริมเทคโนโลยี ประสิทธิภาพการผลิต และการเชื่อมโยง (ฉบับแปล), โครงการ Tracking Manufacturing Performance ของ United Nations Industrial Development Organization (UNIDO), ตุลาคม 2545.

#### ภาษาอังกฤษ

Bart N. Locanthi, Standardization in professional digital audio engineering at the AES, Presented at the 80th Convention Montreux, Switzerland, 14-17 March 1986.

Carl Cargill, Intellectual property rights and standards setting organizations: An overview of failed evolution, submitted to the Department of Justice and the Federal Trade Commission, 27 March 2002.

Carl Shapiro, Antitrust in network industries, speech before the American law institute and American bar association "Antitrust/Intellectual property claims in high technology markets": January 25, 1996.

Carl Shapiro, Navigating the patent thicket: Cross licenses, patent pools, and standard-setting, March 2001.

Carl Shapiro, Setting Compatibility Standards: Cooperation or Collusion?, 8 June 2000

Chalmers Johnson, MITI and the Japanese Miracle: The Growth of Industrial Policy, 1925-1975", Stanford University Press, Stanford, CA. 1982.

Constance E. Bagley and Gavin Clarkson, Adverse possession for intellectual property: Adapting an ancient concept to resolve conflicts between antitrust and intellectual property laws in the information age, Harvard journal of law & technology vol. 16 number 2, Spring 2003.

Daniel Lin, Research versus development: Patent pooling, innovation and standardization in the software industry, John Marshall review of intellectual property law , 2002.

David A. Balto, Standard setting in the 21st century: Network economy, the computer & Internet lawyer Vol.18 Number 6, June 2001.

- David S. Evans และ Richard Schmalensee, Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries, NBER working paper 8268, 2001.
- Donald J. Lecraw, Japanese standards: A barrier to trade?, H. Landis Gabel (ed.) op
- E. Thomas Sullivan, The confluence of antitrust and intellectual property at the new century, Minnesota intellectual property review vol. 1:1, 2000.
- Janice M. Mueller, Patent misuse through the capture of industry standards, Berkley technology law journal, 2002.
- Mark A. Lemley, Intellectual property rights and standard setting organizations, 2002. หน้า 65-66.
- Mark R. Patterson, Invention, industry standards, and intellectual property, Berkley technology law journal, 2002.
- Maureen A. O'Rourke, Intellectual property and antitrust after Microsoft: An integrated approach. McKinsey & Company, Thai productivity report "Prosperity through productivity", 2002.
- Nimmer, Raymond. The Law of Computer Technology. Boston : Warren, Gorham & Lamont, 1985.
- Randal C. Picker, Copyright as entry policy: The case of digital distribution, The antitrust bulletin, March 2002.
- Randal C. Picker, Pursuing a remedy in Microsoft: The Declining need for centralized coordination in a networked world, Journal of Institutional and Theoretical Economics.
- Richard A. Posner, Antitrust in the new economy, 2000.
- Richard A. Posner. Antitrust Law An Economic Perspective. Chicago: The University of Chicago Press. 1976.
- Richard T. Rapp, Lauren J. Stiroh, Standard setting and market power, NERA (2002).
- Robert C. Lind, Report on multiparty licensing, Charles River Associates Ltd., 22 April 2003, หน้า 86-87.
- Robert Pitofsky, Antitrust analysis in High-Tech industries: a 19th century discipline addresses 21st century problems, American Bar Association's workshop, Scottsdale, Arizona, February 25-26, 1999.
- Robert Pitofsky, Antitrust and Intellectual Property: Unresolved issues at the heart of the new economy, March 2, 2001.
- Robert W. Rycroft, Don E. Kash และ Richard Adams, Technology policy: A fixture on the national agenda, vol. 4(2) p.5-12.



Ronald Myrick and Jonathan Gleklen, Antitrust liability for the exercise of intellectual property rights under U.S. law

Samuel Krislov, How nations choose product standards and standards change nations, University of Pittsburgh Press, 1997.

Takako Ishihara, Industrial policy and competition policy.

Tetsuji Yokote, Advocacy for competition: the Japanese Perspective, 88-91.

Thomas M. Jorde and David J. Teece, Innovation, Dynamic competition, and Antitrust policy, Regulation, 13:3 (Fall 1990), 35-44.

Thomas M. Jorde and David J. Teece, Rule of reason analysis of horizontal arrangements; Agreements designed to advance innovation and commercialize technology, Antitrust law journal, 61:2 (1993).

OECD, Application of Competition Policy to High Tech Markets, OCDE/GD(97)44 ,1997.

OECD, Regulatory reform in network industries: Past experience and current issues. Economic outlook 67, 2000.

William Baxter, Hearing on global and innovation-based competition, Federal Trade Commission, Sixth and Pennsylvania Avenues Room 432 Washington D.C. 20580, November 30, 1995

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กฎกระทรวง

ฉบับที่ ๒๕ (พ.ศ. ๒๕๔๒)

ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร

พ.ศ. ๒๕๒๒

-----

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๔ มาตรา ๔๑ วรรคหนึ่ง มาตรา ๔๒ และ  
มาตรา ๖๕ แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ และมาตรา ๓๕ (๑) วรรคสอง  
แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร  
(ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕ และมาตรา ๖๕ ทศ แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒  
ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๒ รัฐมนตรีว่าการ  
กระทรวงพาณิชย์ออกกฎกระทรวงไว้ดังต่อไปนี้

ข้อ ๑ ให้ยกเลิกกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๕ (พ.ศ. ๒๕๓๕) ออกตามความใน  
พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒

ข้อ ๒ ในกฎกระทรวงนี้

"สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตร" หมายความว่า ความตกลงที่ผู้ทรง  
สิทธิบัตรอนุญาตตามมาตรา ๓๕ หรือมาตรา ๖๕ ประกอบด้วยมาตรา ๓๕ ให้ผู้รับอนุญาต  
ใช้สิทธิตามมาตรา ๓๖ และมาตรา ๓๗ หรือมาตรา ๖๕ ประกอบด้วยมาตรา ๓๖ แล้วแต่กรณี  
โดยมีกำหนดเวลา ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมีการตอบแทนหรือข้อตกลงในเรื่องอื่นใดด้วยหรือไม่ก็ตาม

"สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามอนุสิทธิบัตร" หมายความว่า ความตกลงที่  
ผู้ทรงอนุสิทธิบัตรอนุญาตตามมาตรา ๖๕ ทศ ประกอบด้วยมาตรา ๓๕ ให้ผู้รับอนุญาตใช้สิทธิ  
ตามมาตรา ๖๕ ประกอบด้วยมาตรา ๓๖ และมาตรา ๓๗ โดยมีการกำหนดเวลา ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมีการ  
ค่าตอบแทนหรือข้อตกลงในเรื่องอื่นใดด้วยหรือไม่ก็ตาม

"ผู้รับอนุญาต" หมายความว่า ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาอนุญาต  
ให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร แล้วแต่กรณี

"กฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขัน" หมายความว่า กฎหมายว่าด้วยราคาสินค้าและ  
บริการ กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาด  
หรือการป้องกันการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมในลักษณะเดียวกัน

ข้อ ๓ ในการพิจารณาว่าเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนใดมีลักษณะ  
เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม ให้พิจารณาสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตร  
หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามอนุสิทธิบัตรเป็นรายกรณี โดยพิจารณาวัตถุประสงค์หรือเจตนา

ของคู่สัญญาว่ามีเจตนาที่จะก่อให้เกิดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม รวมทั้งผลที่เกิดหรืออาจเกิดขึ้นจากเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนตามกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขัน ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงคำพิพากษาของศาล คำวินิจฉัยของคณะกรรมการ และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขัน

ในกรณีที่ปรากฏว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามอนุสิทธิบัตรมีเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ให้อธิบดีพิจารณาว่าเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนมีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมตามมาตรา ๓๕ (๑) มาตรา ๖๕ ประกอบด้วยมาตรา ๓๕ (๑) หรือมาตรา ๖๕ ทศ ประกอบด้วยมาตรา ๓๕ (๑) แล้วแต่กรณี หรือไม่ ทั้งนี้ โดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่กำหนดในวรรคหนึ่ง

(๑) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตจัดหาวัสดุเพื่อใช้ในการผลิตทั้งหมดหรือบางส่วนจากผู้ทรงสิทธิบัตร ผู้ทรงอนุสิทธิบัตร หรือจากผู้นำเข้าที่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรแล้วแต่กรณี กำหนดหรืออนุญาต ไม่ว่าจะวัสดุที่ใช้ในการผลิตนั้นจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าจำเป็นต้องกำหนดเช่นนั้นเพื่อให้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นได้ผลตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร หรือเป็นวัสดุที่ไม่สามารถหาได้จากแหล่งอื่นใดในราชอาณาจักร และค่าตอบแทนคำนวณแล้วต้องไม่สูงกว่าราคาวัสดุที่มีคุณภาพเท่าเทียมกันที่สามารถจัดหาจากผู้อื่นได้

(๒) กำหนดให้ห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตจัดหาวัสดุเพื่อใช้ในการผลิตทั้งหมดหรือบางส่วนจากผู้นำเข้าที่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตร แล้วแต่กรณี กำหนด เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าถ้าไม่กำหนดเช่นนั้นจะเป็นเหตุให้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นไม่ได้ผลตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร หรือเป็นวัสดุที่ไม่สามารถหาได้จากแหล่งอื่นใดในราชอาณาจักร

(๓) กำหนดเงื่อนไขหรือจำกัดสิทธิของผู้รับอนุญาตเกี่ยวกับการว่าจ้างบุคคลเพื่อใช้ในการผลิต โดยใช้การประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์อนุญาต เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าจำเป็นต้องกำหนดเช่นนั้นเพื่อให้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นได้ผลตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร

(๔) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตขายหรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่ผลิตเกินกว่ากึ่งหนึ่งให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตร ผู้ทรงอนุสิทธิบัตร หรือบุคคลที่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรกำหนด

(๕) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตมอบอำนาจในการขายหรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่ผลิตได้ทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตร ผู้ทรงอนุสิทธิบัตร หรือบุคคลที่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรกำหนด

(๖) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตจำกัดปริมาณการผลิต การขาย หรือการจำหน่ายผลิตภัณฑ์

(๗) กำหนดห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตส่งผลิตภัณฑ์ที่ผลิตได้ออกไปขายหรือจำหน่าย



ในประเทศอื่น หรือกำหนดให้ผู้รับอนุญาตต้องได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตร แล้วแต่กรณี ก่อนส่งผลิตภัณฑ์ที่ผลิตได้ออกไปขายหรือจำหน่ายในประเทศอื่น เว้นแต่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรจะเป็นผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรในประเทศดังกล่าว และได้อนุญาตให้บุคคลอื่นเป็นผู้มีสิทธิขายหรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรแต่ผู้เดียวในประเทศนั้น ก่อนที่จะได้ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรกับผู้รับอนุญาต

(๘) กำหนดเงื่อนไขหรือจำกัดสิทธิของผู้รับอนุญาตเกี่ยวกับการศึกษา ค้นคว้า ทดลอง วิจัย หรือพัฒนาการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์

(๙) กำหนดเงื่อนไขหรือจำกัดสิทธิของผู้รับอนุญาตในการใช้ประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ของบุคคลอื่น นอกจากการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ที่อนุญาตให้ใช้นั้นมีส่วนบกพร่อง

(๑๐) กำหนดให้ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรมีอำนาจในการกำหนดราคาขายหรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่ผลิตนั้น

(๑๑) กำหนดยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตร ในกรณีที่มีการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ที่อนุญาตให้ใช้นั้นมีส่วนบกพร่อง อันไม่อาจตรวจสอบได้โดยง่ายในเวลาทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตร หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามอนุสิทธิบัตร

(๑๒) กำหนดค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร ในอัตราที่สูงเกินสมควรหรือในอัตราที่ไม่เป็นธรรมเมื่อเทียบกับอัตราที่กำหนดให้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามอนุสิทธิบัตรที่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรทำกับผู้รับอนุญาตรายอื่น

(๑๓) กำหนดเงื่อนไขที่ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขัน

ข้อ ๔ ในกรณีที่เงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนใดมีลักษณะดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน โดยไม่ชอบธรรม โดยไม่ต้องอาศัยหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อ ๓

(๑) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตใช้การประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์อื่นของผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตร โดยเรียกค่าตอบแทนสำหรับการใช้ดังกล่าว เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าจำเป็นต้องกำหนดเช่นนั้นเพื่อให้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นได้ผลตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร หรือเป็นการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ที่ไม่สามารถหาได้จากแหล่งอื่นใดในราชอาณาจักร และค่าตอบแทนคำนวณแล้วเหมาะสมแก่ประโยชน์ที่ได้รับจากการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ดังกล่าว

(๒) กำหนดห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตกล่าวอ้างหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ว่าสิทธิบัตร

ของผู้ทรงสิทธิบัตรนั้นไม่สมบูรณ์ตามมาตรา ๕๔ หรือมาตรา ๖๔ หรืออนุสิทธิบัตรของ  
ผู้ทรงอนุสิทธิบัตรนั้นไม่สมบูรณ์ตามมาตรา ๖๕ นว หรือมาตรา ๗๗ วรรค

(๓) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตเปิดเผยการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ ซึ่งผู้รับ  
อนุญาตได้ปรับปรุงให้ดีขึ้น หรือยอมให้ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรหาประโยชน์  
จากการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียว โดยไม่ได้กำหนดค่าตอบแทนที่  
เหมาะสมในการหาประโยชน์นั้นแก่ผู้รับอนุญาต

(๔) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรชำระ  
ค่าตอบแทนสำหรับการใช้การประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร  
หลังจากสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรนั้นสิ้นอายุ

(๕) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตกระทำการในเรื่องที่ศาลได้เคยมีคำพิพากษา หรือ  
คณะกรรมการหรือคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันได้เคยมีคำวินิจฉัยว่า  
เป็นเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม

ข้อ ๕ ในการจดทะเบียนการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร  
ให้ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรยื่นคำขอตามแบบพิมพ์ที่อธิบดีกำหนดพร้อมด้วยสัญญา  
อนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามอนุสิทธิบัตรต่อพนักงาน  
เจ้าหน้าที่ หรือส่งโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนถึงพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ สถานที่ใดสถานที่หนึ่ง  
ดังต่อไปนี้

(๑) กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์

(๒) สำนักงานพาณิชย์จังหวัดหรือหน่วยงานอื่น ทั้งนี้ ตามที่อธิบดีกำหนด

ในการยื่นคำขอตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรซึ่งไม่มี  
ถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรมอบอำนาจให้ตัวแทนซึ่งได้ขึ้นทะเบียนไว้กับอธิบดีเป็นผู้กระทำการ  
แทนโดยยื่นหนังสือมอบอำนาจมาพร้อมกับคำขอตามหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

(๑) ในกรณีที่มีการมอบอำนาจนั้นได้กระทำในต่างประเทศ หนังสือมอบอำนาจ  
นั้นต้องมีคำรับรองลายมือชื่อโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของสถานทูตไทยหรือสถานกงสุลไทย หรือ  
หัวหน้าสำนักงานสังกัดกระทรวงพาณิชย์ซึ่งประจำอยู่ ณ ประเทศที่ผู้มอบอำนาจมีถิ่นที่อยู่ หรือ  
เจ้าหน้าที่ผู้ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนบุคคลดังกล่าว หรือมีคำรับรองของบุคคล  
ซึ่งกฎหมายของประเทศนั้นให้มีอำนาจรับรองลายมือชื่อ หรือ

(๒) ในกรณีที่การมอบอำนาจนั้นได้กระทำในประเทศไทย ต้องส่งภาพถ่าย  
หนังสือเดินทางหรือภาพถ่ายหนังสือรับรองถิ่นที่อยู่ชั่วคราว หรือหลักฐานอื่นที่แสดงให้เห็น  
เห็นว่าในขณะที่มอบอำนาจผู้นั้นได้เข้ามาในประเทศไทยจริง

ในกรณีที่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร

ประสงค์จะมอบอำนาจให้บุคคลอื่นเป็นผู้กระทำการยื่นคำขอตามวรรคหนึ่งแทน จะมอบอำนาจให้ตัวแทนซึ่งได้ขึ้นทะเบียนไว้กับอธิบดีเป็นผู้กระทำการแทนได้เท่านั้น โดยยื่นหนังสือมอบอำนาจมาพร้อมกับคำขอด้วย

ข้อ ๖ ในการขอจดทะเบียนการโอนสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร ให้ผู้รับโอนสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรยื่นคำขอตามแบบพิมพ์ที่อธิบดีกำหนดพร้อมด้วยสัญญาโอนสิทธิบัตรหรือสัญญาโอนอนุสิทธิบัตร แล้วแต่กรณี ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือส่งโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนถึงพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ สถานที่ใดสถานที่หนึ่ง ดังต่อไปนี้

(๑) กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์

(๒) สำนักงานพาณิชย์จังหวัดหรือหน่วยงานอื่น ทั้งนี้ ตามที่อธิบดีกำหนด

ในการขอจดทะเบียนการรับโอนสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร โดยทางมรดก ให้ทายาทของผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรยื่นคำขอตามแบบพิมพ์ที่อธิบดีกำหนดพร้อมด้วยหลักฐานเกี่ยวกับการรับมรดกตามประกาศกรมทรัพย์สินทางปัญญาต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือส่งโดยทาง

ไปรษณีย์ลงทะเบียนถึงพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ สถานที่ใดสถานที่หนึ่ง ดังต่อไปนี้

(๑) กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์

(๒) สำนักงานพาณิชย์จังหวัดหรือหน่วยงานอื่น ทั้งนี้ ตามที่อธิบดีกำหนด

ในการยื่นคำขอตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ถ้าผู้ยื่นคำขอประสงค์จะมอบอำนาจให้บุคคลอื่นเป็นผู้กระทำการแทน ให้นำความในข้อ ๕ วรรคสองหรือวรรคสามมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ข้อ ๗ ในการพิจารณาคำขอจดทะเบียนตามข้อ ๕ หรือข้อ ๖ ถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่เห็นว่าคำขอรายใดไม่ถูกต้องหรือมีหลักฐานไม่ครบถ้วน ให้แจ้งให้ผู้ยื่นคำขอแก้ไขหรือส่งเอกสารหรือสิ่งใดเพิ่มเติม หรือจะเรียกผู้ยื่นคำขอหรือตัวแทนมาให้ถ้อยคำเพิ่มเติมก็ได้

ถ้าผู้ยื่นคำขอหรือตัวแทนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่งภายในกำหนดเวลาเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ ให้ถือว่าละทิ้งคำขอจดทะเบียนนั้น เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นอธิบดีอาจขยายกำหนดเวลาดังกล่าวให้ตามที่เห็นสมควร

เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่พิจารณาคำขอจดทะเบียนและหลักฐานต่าง ๆ เห็นว่าถูกต้องและครบถ้วนตามข้อ ๕ หรือข้อ ๖ แล้ว ให้เสนอรายงานการตรวจสอบคำขอจดทะเบียนต่ออธิบดี

ข้อ ๘ ในการขอจดทะเบียนการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร ถ้าอธิบดีพิจารณาเห็นว่าคำขอจดทะเบียนและหลักฐานต่าง ๆ ถูกต้องครบถ้วนตามข้อ ๕ และ

ข้อความใดในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามอนุสิทธิบัตร ไม่ขัดต่อมาตรา ๓๕ มาตรา ๖๕ ประกอบด้วยมาตรา ๓๖ หรือมาตรา ๖๕ ทศ ประกอบด้วยมาตรา ๓๕ หรือกฎหมายอื่นให้มีคำสั่งรับจดทะเบียน แต่ถ้าอธิบดีพิจารณาเห็นว่าคำขอจดทะเบียนหรือหลักฐานต่าง ๆ ไม่ถูกต้องและไม่ครบถ้วน ให้มีคำสั่งไม่รับจดทะเบียน

ในกรณีที่อธิบดีพิจารณาเห็นว่าข้อความใดในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตร หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามอนุสิทธิบัตรขัดต่อมาตรา ๓๕ มาตรา ๖๕ ประกอบด้วยมาตรา ๓๕ หรือมาตรา ๖๕ ทศ ประกอบด้วยมาตรา ๓๕ หรือกฎหมายอื่น ให้เสนอต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาตามมาตรา ๔๑ วรรคสอง มาตรา ๖๕ ประกอบด้วยมาตรา ๔๑ วรรคสอง หรือมาตรา ๖๕ ทศ ประกอบกับมาตรา ๔๑ วรรคสอง แล้วแต่กรณี

ในการขอจดทะเบียนการโอนสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร หรือการรับโอนสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรโดยทางมรดก ถ้าอธิบดีพิจารณาเห็นว่าคำขอจดทะเบียนและหลักฐานต่าง ๆ ถูกต้องและครบถ้วนตามข้อ ๖ ให้มีคำสั่งรับจดทะเบียน แต่ถ้าอธิบดีพิจารณาเห็นว่าคำขอจดทะเบียนหรือหลักฐานต่าง ๆ ไม่ถูกต้องและไม่ครบถ้วน ให้มีคำสั่งไม่รับจดทะเบียน

ให้พนักงานเจ้าหน้าที่แจ้งคำสั่งของอธิบดีที่รับหรือไม่รับจดทะเบียนให้ผู้ยื่นคำขอทราบโดยไม่ชักช้า

ข้อ ๕ บรรดาเอกสารที่จะต้องส่งตามกฎกระทรวงนี้ ถ้าจัดทำขึ้นเป็นภาษาต่างประเทศ ให้ผู้ยื่นคำขอส่งเอกสารนั้นพร้อมด้วยคำแปลเป็นภาษาไทย โดยมีคำรับรองของผู้แปลว่าเป็นคำแปลที่ถูกต้อง

ให้ไว้ ณ วันที่ ๒๔ กันยายน พ.ศ. ๒๕๔๒

ไพฑูรย์ แก้วทอง

รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงพาณิชย์ รักษาราชการแทน

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์

หมายเหตุ:- เหตุผลในการประกาศใช้กฎกระทรวงฉบับนี้ คือ เนื่องจากพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ ๑) พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติให้มีการคุ้มครองอนุสิทธิบัตรเพิ่มขึ้นอีกประเภทหนึ่งและเพื่อรองรับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปทั้งภายในและภายนอกประเทศ ดังนั้น สมควรปรับปรุงเงื่อนไขข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนในการอนุญาตให้ใช้สิทธิในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมและปรับปรุงหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการจดทะเบียนการอนุญาตให้ใช้



สิทธิและการโอนสิทธิกับการจดทะเบียนการรับโอนสิทธิโดยทางมรดกให้ครอบคลุมถึงกรณี  
ของอนุสิทธิบัตรเพื่อให้สอดคล้องกัน จึงจำเป็นต้องออกกฎกระทรวงนี้

[ร.ก.๒๕๔๒/๘๗ก/๓๔/๒๗ กันยายน ๒๕๔๒]



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายฐาปณัฐ สารสมบัติ เกิดเมื่อวันที่ 16 มิถุนายน พ.ศ. 2521 สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต จากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปี พ.ศ. 2543 เข้าศึกษาต่อหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปี พ.ศ. 2545



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย