

ความเป็นมาและลักษณะของ Independent Regulatory Agency (IRA) ในต่างประเทศ

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกที่ตั้งองค์กรประเภท Independent Regulatory Agency (IRA) ขึ้นมาหลังจากนั้น ประเทศอื่นๆ ก็ได้นำแนวความคิดนี้ไปจัดตั้งองค์กรประเภทเดียวกันในประเทศของตน ซึ่งใช้ชื่อเรียกต่างๆ กันตามแต่โครงสร้างระบอบการปกครองและระบบบริหารของแต่ละประเทศ โดยของอังกฤษจะเรียกว่า Quasi Autonomous non-Governmental Organisations (บางทีเรียกว่า Quasi Government หรือเรียกย่อๆ ว่า Quangos) และของฝรั่งเศสจะเรียกว่า Autorités Administratives Indépendantes โดยแยกพิจารณา ได้ดังนี้

3.1 Independent Regulatory Agency (IRA) ในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา

3.1.1 โครงสร้างการเมืองการปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา

รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาคือรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่ยังใช้บังคับอยู่ที่เก่าแก่ที่สุดในโลก และเป็นแม่แบบของรัฐธรรมนูญอื่นมากมายทั่วโลก รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาคือเครื่องมือสำคัญของการปกครองและเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ รัฐธรรมนูญนี้เป็นแนวทางให้สถาบันการปกครองต่างๆ ของรัฐบาลประเทศสหรัฐอเมริกาพัฒนารูปแบบมาได้ยาวนานสองร้อยปีแล้ว และเป็นรากฐานของความมั่นคงทางการเมือง เสรีภาพส่วนบุคคล ความเติบโตทางเศรษฐกิจ และความก้าวหน้าทางสังคมตลอดมาด้วย¹

รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดโครงสร้างพื้นฐานของรัฐเป็น 3 ฝ่าย โดยแบ่งเป็น สภาองเกรสทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลฎีกาทำหน้าที่เป็นฝ่ายตุลาการ และประธานาธิบดีทำหน้าที่เป็นฝ่ายบริหาร ซึ่งแต่ละฝ่ายจะตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน โดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจทั้ง 3 ฝ่ายของรัฐบาลแยกจากกันโดยเด็ดขาด อำนาจของแต่ละฝ่ายจะสมดุลกันอย่างดีโดยมีอีกสองฝ่ายคอยถ่วงดุลอยู่ แต่ละฝ่ายมีหน้าที่คอยตรวจสอบกันเอง ทำให้ไม่มีฝ่ายใดมีอำนาจมากเกินไปหรือใช้อำนาจในทางมิควร ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

¹ ริชาร์ด ซี.ชโรเดอร์, การปกครองของสหรัฐอเมริกา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักข่าวอเมริกัน , 2534) น.6.

3.1.1.1 สภาคองเกรส²

สภาคองเกรสประกอบด้วยวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งมีวุฒิสมาชิก 100 คน โดยมาจากมลรัฐละ 2 คน วุฒิสมาชิกจำนวน 1 ใน 3 จะต้องเลือกใหม่ทุก 2 ปี อยู่ในวาระ 6 ปี วุฒิสมาชิกเป็นตัวแทนจากมลรัฐ และเป็นผู้พิทักษ์ผลประโยชน์ของคนในมลรัฐ

สภาผู้แทนราษฎรมีสมาชิก 435 คน โดยมีการเลือกตั้งทุก 2 ปี อยู่ในวาระ 2 ปี เป็นตัวแทนของประชาชนใน “เขตคองเกรส” ซึ่งเป็นเขตย่อยในแต่ละมลรัฐ จำนวนผู้แทนจากแต่ละมลรัฐขึ้นอยู่กับจำนวนประชาชนในมลรัฐ เช่น แคลิฟอร์เนียเป็นมลรัฐที่มีพลเมืองมากที่สุด มีผู้แทนได้ 45 คน ในขณะที่มลรัฐเดลาแวร์มีได้เพียง 1 คน เป็นต้น ไม่มีการจำกัดสมัยของการเป็นวุฒิสมาชิกหรือสภาผู้แทนราษฎร การเลือกตั้งในประเทศสหรัฐอเมริกาจะเป็นไปตามหลักผู้แข่งขันเลือกตั้งที่ได้รับคะแนนเสียงมากที่สุดในเขตคองเกรสจะเป็นผู้ชนะ

สภาคองเกรสเป็นผู้กำหนดตัวบทกฎหมาย สภาผู้แทนและวุฒิสภามีอำนาจที่จะเสนอตัวบทกฎหมายและแต่ละสภาก็ออกเสียงคัดค้านไม่ให้ร่างกฎหมายของอีกสภานึงผ่านได้ เนื่องจากร่างกฎหมายจะเป็นกฎหมายได้ต่อเมื่อสองสภาเห็นชอบเท่านั้น การอลุ่มอล่วยประนีประนอมกันจึงเป็นสิ่งจำเป็น สภาคองเกรสเป็นผู้ชี้ขาดเรื่องภาษีและเรื่องการใช้จ่าย นอกจากนี้ ยังดูแลเรื่องการค้าขายระหว่างมลรัฐ และการค้ากับต่างประเทศตลอดจนการตั้งกฎในการเปลี่ยนโอนสัญชาติให้แก่ชาวต่างประเทศอีกด้วย

3.1.1.2 ศาลฎีกา³

ฝ่ายตุลาการกลางเป็นศาลสูงสุดคอยควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร โดยตรวจสอบว่ากฎหมายและบทบัญญัติต่างๆ สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ สภาคองเกรสมีอำนาจในการกำหนดจำนวนผู้พิพากษาประจำศาลสูง แต่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงอำนาจที่รัฐธรรมนูญมอบให้แก่ศาลสูงได้ ศาลสูงประกอบด้วยประธานศาลสูง 1 คน และคณะผู้พิพากษาศาลสูงอีก 8 คน มีประธานาธิบดีเป็นผู้เสนอชื่อและต้องผ่านการเห็นชอบจากวุฒิสมาชิก เมื่อผ่านการอนุมัติแล้ว จะเข้าดำรงตำแหน่งในศาลสูงตลอดชีวิต คำพิพากษาของศาลสูงสุดไม่อาจนำไปอุทธรณ์ต่อศาลอื่นใดได้อีก แม้ประธานาธิบดีหรือสภาคองเกรสก็จะเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาไม่ได้ นอกจากศาลสูงสุดแล้วสภาคองเกรสยังได้ก่อตั้งศาลอุทธรณ์ของรัฐบาลกลาง 11 แห่ง และศาลเขตของรัฐบาลกลางอีก 91 แห่ง

² อมรา ประสิทธิ์รัฐสินธุ์, ชีวิตและสถาบันแบบอเมริกัน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ดวงกมล) น.61-62.

³ เพิ่งอ้าง, น.64-65.

ศาลสูงสุดมีอำนาจในการพิพากษาโดยตรงเพียง 2 กรณี คือคดีที่เกี่ยวกับนักการทูตต่างชาติ และคดีที่มีมลรัฐเป็นคู่คดีฝ่ายหนึ่ง คดีอื่นๆ เป็นคดีที่มาจากศาลชั้นต้นและชั้นกลาง ศาลสูงจะพิจารณาเลือกคดีที่จะนำมาตัดสิน เรื่องส่วนใหญ่เกี่ยวกับการตีความรัฐธรรมนูญ ศาลสูงมีอำนาจในการทบทวนแก้ไขกฎหมายด้วย นั่นคือมีสิทธิที่จะชี้แจงว่ากฎหมายและการกระทำใดของรัฐบาลกลางประจํามลรัฐ และรัฐบาลท้องถิ่นขัดต่อรัฐธรรมนูญ แม้ว่าจะไม่ได้กำหนดอำนาจดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ก็เป็นอำนาจที่เป็นของศาลสูงมานานแล้ว

3.1.1.3 สถาบันประธานาธิบดี

หมวด 2 มาตรา 2⁴ แห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาได้มอบหมายอำนาจบริหารให้แก่ประธานาธิบดีแต่ผู้เดียว รองประธานาธิบดี หรือรัฐมนตรี หรือเจ้าหน้าที่บริหารอื่นไม่มีอำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญเลย

ประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาจะเลือกตั้งกันใหม่ทุก 4 ปี อยู่ในวาระ 4 ปี และดำรงตำแหน่งได้เพียงครบวาระ 2 สมัย ประธานาธิบดีได้มาจากการเลือกตั้งโดยผู้มีสิทธิออกเสียง (ผ่านผู้ออกเสียงประจำรัฐ) เช่นเดียวกับวุฒิสมาชิกและผู้แทนราษฎร หมายความว่า พรรคการเมืองที่มีวุฒิสมาชิกและผู้แทนราษฎรมากที่สุดไม่ใช่ผู้เลือกประธานาธิบดี ประธานาธิบดีจึง

⁴ มาตรา 2 ประธานาธิบดีเป็นผู้บัญชาการทหารสูงสุดของทั้งกองทัพบกและกองทัพเรือแห่งสหรัฐ และเป็นผู้บัญชาการสูงสุดของกองกำลังอาสาสมัครของมลรัฐทั้งหลายด้วยเมื่อมีการเรียกระดมกำลังอาสาสมัครมาปฏิบัติการเพื่อสหรัฐ ประธานาธิบดีสั่งให้บรรดาหัวหน้าหน่วยงานที่ขึ้นต่อฝ่ายบริหารเสนอความเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับการทำงานในหน้าที่ของตนต่อประธานาธิบดีได้ ประธานาธิบดีมีอำนาจที่จะบรรเทาโทษหรือยกโทษให้กับความผิดที่กระทำต่อสหรัฐ ยกเว้นกรณีของการฟ้องให้พ้นจากตำแหน่ง

ประธานาธิบดีมีอำนาจในการทำสนธิสัญญากับนานาประเทศได้โดยได้รับคำปรึกษาและความยินยอมจากวุฒิสมาชิก ในกรณีสนธิสัญญาวุฒิสมาชิกต้องให้ความเห็นชอบจำนวนสองในสามของวุฒิสมาชิกที่เข้าประชุม ประธานาธิบดีมีอำนาจแต่งตั้งทูต กงสุล ผู้พิพากษาในศาลฎีกา และเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารอื่นของสหรัฐโดยได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา แต่รัฐสภาอาจตรากฎหมายให้ประธานาธิบดีมีอำนาจแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ระดับรองลงมาได้เองเลยก็ได้ ศาลและรัฐมนตรีก็มีอำนาจแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ระดับรองได้ด้วย

ประธานาธิบดีมีอำนาจที่จะแต่งตั้งข้าราชการลงในตำแหน่งที่ว่างลงระหว่างการปิดสมัยประชุมของวุฒิสภา ซึ่งระยะเวลาของการดำรงตำแหน่งจะสิ้นสุดลงตามสมัยของคนที่เคยดำรงตำแหน่งอยู่ก่อน

อาจมาจากพรรคหนึ่งและผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสมาชิกหรือทั้งสองส่วนใหญ่อาจมาจากอีกพรรคหนึ่งก็สามารถเป็นไปได้ ดังนั้น แม้ว่าพรรคหนึ่งอาจได้เสียงข้างมากในการเลือกตั้งกลางวาระ(คือเลือกตั้งทุก 2 ปี) ประธานาธิบดีก็ยังคงอยู่ในตำแหน่งต่างๆ ที่พรรคของตนมิได้มีเสียงข้างมากในสภาใดเลย เมื่อเป็นเช่นนี้อาจทำให้สูญเสียอำนาจในการผ่านร่างกฎหมายเมื่อเข้าสู่สภาของเกรส อย่างไรก็ตามนโยบายของประธานาธิบดีจะต้องได้รับความยินยอมจากสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาก่อนที่จะออกเป็นกฎหมายได้ ในเรื่องนโยบายภายในประเทศและนโยบายต่างประเทศนั้น แม้พรรคของประธานาธิบดีจะได้เสียงข้างมากทั้งในสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา แต่ประธานาธิบดีจะพึงสภาของเกรสให้สนับสนุนตลอดเวลาอันคงเป็นไปได้ ดังนั้น ประธานาธิบดีจึงต้องสามารถโน้มน้าวสมาชิกสภาของเกรส วุฒิสมาชิกและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรให้เห็นพ้องกับความคิดของตนให้ได้ โดยจะต้องทั้งต่อรองและประนีประนอมลักษณะเช่นนี้เป็นข้อแตกต่างประการสำคัญ ระหว่างระบบรัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกากับระบบในประเทศที่ผู้นำประเทศมาจากพรรคเสียงข้างมาก กล่าวคือ ระบบรัฐสภา

ตำแหน่งประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาเป็นตำแหน่งที่มีความสำคัญและมีอำนาจมากที่สุดตำแหน่งหนึ่ง ประการแรกประธานาธิบดีต้องจัดให้มีการปฏิบัติการไปตามกฎหมายอย่างซื่อสัตย์สุจริตและต้องบริหารองค์การที่ยิ่งใหญ่อันได้แก่รัฐบาลแห่งชาติเพื่อให้ทำหน้าที่ดังกล่าวได้ ประธานาธิบดีจึงไม่เพียงแต่ได้รับอำนาจที่จะให้เพื่อการบริหารกิจการบ้านเมืองเท่านั้น แต่ยังมีอำนาจเกี่ยวกับการนิติบัญญัติและตุลาการอีกด้วย⁵ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้⁶

(1) อำนาจเกี่ยวกับนิติบัญญัติ แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดไว้ว่า อำนาจนิติบัญญัติทั้งหมดเป็นของสภาของเกรส แต่ประธานาธิบดีในฐานะที่เป็นผู้กำหนดนโยบายของประเทศ ย่อมมีบทบาทสำคัญทางนิติบัญญัติด้วย กล่าวคือ ประธานาธิบดีสามารถใช้สิทธิยับยั้งร่างกฎหมายใดๆ ที่ผ่านสภาของเกรสมาแล้วและร่างกฎหมายนั้นๆ จะตกไป เว้นแต่เมื่อร่างกฎหมายนั้นๆ กลับเข้าสู่สภาแล้วได้รับเสียงเห็นชอบจากสมาชิก 2 ใน 3 ของแต่ละสภาจึงจะมีผลลงลายสิทธิยับยั้งของประธานาธิบดีได้

กฎหมายที่เข้าสู่การพิจารณาของสภาของเกรสจำนวนไม่น้อยที่เป็นกฎหมายที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้เสนอให้ร่างขึ้น ในแถลงการณ์ประจำปีและแถลงการณ์พิเศษต่อสภาของเกรส ประธานาธิบดีอาจเสนอกฎหมายที่ตนเห็นว่าจำเป็นต้องมีได้ หากสภาของเกรสปิดสมัยประชุมไป

⁵ นิพนธ์ ศศิธร, สหรัฐอเมริกา รัฐบาลโดยประชาชน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักข่าวสารอเมริกัน) น.69.

⁶ ริชาร์ด ซี.ชโรเดอร์, อ้างแล้ว เจริญรอกที่ 1, น.56-58.

โดยยังมิได้ดำเนินการตามข้อเสนอแนะๆ ประธานาธิบดีก็มีอำนาจเรียกประชุมสภาองเกรสสมัยวิสามัญได้ นอกเหนือจากที่กล่าวมาประธานาธิบดีในฐานะหัวหน้าพรรคการเมืองและเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารที่สำคัญของรัฐบาลประเทศสหรัฐอเมริกา ย่อมมีอิทธิพลต่อความคิดเห็นของประชาชน และส่งผลต่อแนวทางการออกกฎหมายในสภาองเกรสด้วย

(2) อำนาจเกี่ยวกับตุลาการ ประธานาธิบดีมีอำนาจในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ที่สำคัญของรัฐตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ โดยประธานาธิบดีเป็นผู้เสนอขอแต่งตั้งผู้พิพากษาของรัฐบาลกลางซึ่งรวมถึงผู้พิพากษาศาลสูงสุด โดยต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา นอกจากนี้ยังมีอำนาจในการให้อภัยโทษทั้งหมดหรือโดยมีเงื่อนไขแก่ผู้ที่ถูกพิพากษาลงโทษว่า ละเมิดกฎหมายของรัฐบาลกลาง ยกเว้นในกรณีที่เป็นการฟ้องให้พ้นจากตำแหน่ง อำนาจในการให้อภัยโทษนี้รวมถึงการลดระยะเวลาถูกคุมขังและการลดค่าปรับด้วย

(3) อำนาจด้านกิจการต่างประเทศ ตามรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ประธานาธิบดีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลางที่มีหน้าที่รับผิดชอบในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกากับต่างประเทศเป็นส่วนใหญ่ เป็นผู้แต่งตั้งเอกอัครราชทูต อุปทูต และกงสุล ทั้งนี้ โดยต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา อีกทั้งเป็นผู้รับรองเอกอัครราชทูตต่างประเทศ และเจ้าหน้าที่ของประเทศอื่นๆ ประธานาธิบดีจะร่วมกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศปฏิบัติและดำเนินการเกี่ยวกับการติดต่อและความสัมพันธ์อย่างเป็นทางการกับรัฐบาลของต่างประเทศ ในบางโอกาสประธานาธิบดีอาจเข้าร่วมประชุมด้วยตนเองในการประชุมในระดับระหว่างประเทศ

ประธานาธิบดีเป็นผู้รับผิดชอบคุ้มครองบุคคลสัญชาติอเมริกันในต่างประเทศและชาวต่างประเทศในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยผ่านทางกระทรวงการต่างประเทศโดยเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะรับรองประเทศใหม่และรัฐบาลใหม่ใดๆ หรือไม่ รวมทั้งการเจรจาทำสนธิสัญญากับประเทศอื่นซึ่งมีผลผูกพันประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ ต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3

(4) อำนาจด้านบริหาร ตามที่ได้กล่าวมาแล้วประธานาธิบดีเป็นผู้ใช้อำนาจทางบริหารและมีอำนาจอย่างมากในการบริหารประเทศชาติและการทำงานของรัฐบาลกลาง สามารถออกกฎระเบียบ ข้อบังคับ และคำสั่งที่เรียกว่า คำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีผลบังคับใช้ต่อหน่วยงานต่างๆ ของรัฐบาลกลาง ในฐานะผู้บัญชาการทหารสูงสุดของกองทัพสหรัฐอเมริกา ประธานาธิบดีมีอำนาจสั่งการให้หน่วยอาสารักษาดินแดนของรัฐต่างๆ มาปฏิบัติหน้าที่ให้รัฐบาลกลางได้ ใน

ยามสงครามหรือเกิดภาวะฉุกเฉินขึ้นสภาองเกรสอาจมอบอำนาจให้ประธานาธิบดีมีอำนาจมากขึ้นเพื่อบริหารระบบเศรษฐกิจของชาติและคุ้มครองความปลอดภัยของประเทศ

ประธานาธิบดีเป็นผู้เลือกรัฐมนตรีประจำกระทรวงและหัวหน้าหน่วยงานต่างๆ ของฝ่ายบริหารและเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐบาลกลาง โดยได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา และรวมกันเป็นคณะเรียกว่า “คณะรัฐมนตรีแห่งประธานาธิบดี” ซึ่งสำนักประธานาธิบดีประกอบด้วยสำนักงานประมาณ สำนักทำเนียบไวท์เฮาส์ คณะที่ปรึกษาทางเศรษฐกิจ สำนักงานป้องกันประเทศ

ในส่วนคณะรัฐมนตรีนั้น คณะรัฐมนตรีเป็นคณะที่ปรึกษาประธานาธิบดี สมาชิกแต่ละคนจะเป็นรัฐมนตรีกระทรวงใดกระทรวงหนึ่ง ซึ่งประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งและรับผิดชอบต่อประธานาธิบดี ส่วนประธานาธิบดีเป็นผู้รับผิดชอบต่อประเทศชาติแทนรัฐมนตรีเหล่านี้ อีกต่อหนึ่งวาระการดำรงตำแหน่งของรัฐมนตรีขึ้นอยู่กับดุลพินิจของประธานาธิบดี ประธานาธิบดีจะเรียกประชุมรัฐมนตรีเมื่อใดก็ได้ หรือจะปรึกษาหารือเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับงานในความรับผิดชอบเป็นรายๆ ไปก็ได้ ซึ่งการประชุมของรัฐมนตรีเป็นการประชุมลับไม่เปิดเผยให้สาธารณชนเข้าฟัง

รัฐมนตรีว่าการแต่ละกระทรวงได้รับมอบหมายอำนาจในการบริหารกระทรวงของตนจากประธานาธิบดีในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลางสหรัฐ ย่อมมีหน้าที่ครอบคลุมทั้งประเทศและมีผู้ช่วยเหลือ และที่ปรึกษาเป็นจำนวนมาก ซึ่งกระทรวงจะแบ่งออกเป็นฝ่าย (Division) สำนักงาน (Bureau) กอง (Office) หรือส่วนบริการ (Service)⁷ เพื่อทำหน้าที่ต่างๆ หน่วยงานเหล่านี้มีจำนวนมาก โดยแบ่งงานและหน้าที่เป็นกระทรวงต่างๆ 13 กระทรวง คือ กระทรวงการต่างประเทศ กระทรวงการคลัง กระทรวงกลาโหม กระทรวงยุติธรรม กระทรวงมหาดไทย กระทรวงเกษตร กระทรวงพาณิชย์ กระทรวงแรงงาน กระทรวงสาธารณสุข และทรัพยากรมนุษย์ กระทรวงการเคหะและพัฒนานคร กระทรวงการขนส่ง กระทรวงการพลังงาน และกระทรวงศึกษาธิการ

นอกจากกระทรวงทบวงบริหารต่างๆ แล้วยังมีหน่วยงานอื่นของรัฐบาลที่มีส่วนในการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมายสหรัฐ หน่วยงานเหล่านี้มักเรียกกันว่า Independent Regulatory Agency เพราะมิได้เป็นส่วนหนึ่งของกระทรวงทบวงบริหารใดๆ และไม่มีหน้าที่รับผิดชอบต่อกระทรวงทบวงบริหารเลย ซึ่งเหตุผลในการจัดตั้ง Independent Regulatory Agency นั้นมีเหตุผลหลายประการทั้งทางประวัติศาสตร์ ทางการเมืองและเหตุผลส่วนตัว กล่าวคือ ในอดีตการบริหารงานภายในความรับผิดชอบของฝ่ายบริหารจะต้องอยู่ภายในความ

⁷ นิพนธ์ ศศิธร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น.75.

รับผิดชอบของกระทรวงใดกระทรวงหนึ่ง และปริมาณงานมีจำนวนไม่มากนัก ต่อมาแนวความคิดเรื่องการจัดระเบียบบริหารของประเศสหรัฐอเมริกาเปลี่ยนแปลงไปมากแนวความคิดที่ว่า รัฐบาลที่ดีนั้นต้องมีการปกครองให้น้อยที่สุดนั้นถูกเปลี่ยนไป โดยมีแนวความคิดใหม่ว่า รัฐบาลควรเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องหรือออกกฎ ข้อบังคับ ควบคุมการดำเนินงานทางเศรษฐกิจและทางสังคมให้มากขึ้นอีกนัยหนึ่ง รัฐบาลควรจะได้มีส่วนร่วมในการขนส่ง การคมนาคม ความสัมพันธ์ระหว่างลูกจ้างกับนายจ้าง ค่าจ้าง และชั่วโมงทำงานของลูกจ้าง การธนาคาร การให้กู้ยืมเงินและกิจการอื่นๆ เมื่อแนวความคิดเปลี่ยนไปเช่นนี้ กิจการที่อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐบาลกลางสหรัฐเพิ่มขึ้นอย่างมาก งานซึ่งแต่เดิมเคยอยู่ในความรับผิดชอบของกระทรวงก็กลายมาเป็นงานในความรับผิดชอบของ Independent Regulatory Agency ซึ่งอยู่นอกเหนือการควบคุมของคณะรัฐมนตรี⁸

Independent Regulatory Agency ถูกฝังรากลึกลงไปในระบบการปกครองของประเศสหรัฐอเมริกา ซึ่งแตกต่างจากประเทศอื่นๆ เช่น ประเทศในแถบยุโรปที่ Independent Regulatory Agency เพิ่งได้เกิดขึ้นไม่นานนัก ซึ่งการเกิดขึ้นของ Independent Regulatory Agency ของประเศสหรัฐอเมริกาเกิดจากการแปรรูปของอุตสาหกรรมให้เอกชนเข้ามาดำเนินการแทนรัฐ โดยในต้นศตวรรษที่ 19 ประธานาธิบดี รัฐมนตรี และผู้บริหาร เป็นผู้ที่ได้รับมอบอำนาจในทางด้านการทหาร ด้านต่างประเทศ ด้านภาษี และด้านความมั่นคงภายใน แต่ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 อำนาจในการบริหารทางด้านเศรษฐกิจเริ่มกระจายสู่องค์กรต่างๆ เช่น Independent Regulatory Agency เป็นต้น และองค์กรเหล่านี้ก็กลายมาเป็นผู้มีอำนาจในการตรากฎ และเป็นเครื่องมือที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งประชาชนส่วนใหญ่เห็นด้วยกับการมอบอำนาจในการตรากฎให้แก่ Independent Regulatory Agency เพราะทำให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในการตรากฎด้วย ทั้งนี้ Independent Regulatory Agency มิได้เข้าไปดำเนินการจัดการโดยตรง แต่จะเป็นผู้ควบคุมกำกับดูแลเท่านั้น ต่อมาระบบการควบคุมกำกับดูแลดังกล่าวได้ขยายไปใช้กับการตรากฎเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและควบคุมกำกับดูแลเกี่ยวกับการเลือกตั้งด้วย จึงแสดงให้เห็นว่า Independent Regulatory Agency ของประเศสหรัฐอเมริกามีการเติบโตขึ้นโดยขยายบทบาทจากด้านเศรษฐกิจและสังคมมาสู่ทางด้านกฎหมายและการเมือง⁹

⁸ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, การปกครองสหรัฐอเมริกา, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ของสมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2512) น.286-287.

⁹ Dominique Custos, "The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies", American Journal of Comparative Law, (2006), p.4.

Independent Regulatory Agency ที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นมีชื่อเรียกต่างๆ กันและมีหน้าที่ต่างกัน บางหน่วยงานมีลักษณะคล้ายศาลยุติธรรม ซึ่งตั้งขึ้นเพื่ออธิบายและใช้กฎหมายพิเศษบางประเภทหรือเพื่อเสาะหาข้อเท็จจริงบางเรื่องเป็นพิเศษแล้วรวบรวมทำรายงานเสนอ บางหน่วยงานตั้งขึ้นเป็นอิสระเพราะมีหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้คำแนะนำ เช่น คณะกรรมการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ¹⁰ (The Interstate Commerce Commission) คณะกรรมการนี้เป็นคณะกรรมการที่เก่าแก่ที่สุดในบรรดา Independent Regulatory Agency ทั้งหมด ซึ่งมีการจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ.1887 เพื่อควบคุมการขนส่งสินค้า และผู้โดยสารในระหว่างสองมลรัฐขึ้นไป และคณะกรรมการการคมนาคมสหรัฐ¹¹ หรือคณะกรรมการการสื่อสารแห่งสหพันธรัฐ (Federal Communication Commission) สภาของเกรสได้ออกกฎหมายจัดตั้งคณะกรรมการการสื่อสารแห่งสหพันธรัฐขึ้นในปี ค.ศ.1934 โดยให้มีอำนาจหน้าที่ควบคุมการคมนาคมระหว่างรัฐ และระหว่างสหรัฐกับต่างประเทศทั้งทางโทรเลข โทรศัพท์ และทางวิทยุ ซึ่งจะขอกกล่าวโดยละเอียดในหัวข้อต่อไป

3.1.2 คณะกรรมการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ (Interstate Commerce Commission)

คณะกรรมการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ (The Interstate Commerce Commission : ICC) เป็นคณะกรรมการที่เก่าแก่ที่สุดในบรรดา Independent Regulatory Agency ทั้งหมด ซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยสภาของเกรส ในปี ค.ศ.1887 ภายใต้กฎหมายการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ (Interstate Commerce Act) โดยหน้าที่หลักขององค์กรดังกล่าวคือ การควบคุมการแข่งขันและรักษาเสถียรภาพด้านราคาในอุตสาหกรรมการขนส่งทางรถไฟ ซึ่งต่อมาได้มีการขยายขอบเขตความรับผิดชอบไปถึงอุตสาหกรรมการขนส่งทางรถ เรือ และการบินด้วย

แม้ปัจจุบันองค์กร ICC ได้ถูกยกเลิกไปแล้วโดยโอนอำนาจหน้าที่ให้แก่ Surface Transportation Board (STB) แต่ในช่วงเวลาที่ผ่านมามี ICC ในฐานะที่เป็น Independent Regulatory Agency องค์กรแรกของโลกประสบผลสำเร็จในการปฏิบัติอย่างมีประสิทธิภาพและมีอิทธิพลต่อการควบคุมดูแลอุตสาหกรรมการขนส่งอย่างมาก ซึ่งองค์กร ICC ได้ปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับอุตสาหกรรมการขนส่ง ให้มีการแข่งขันอย่างเสรีในอุตสาหกรรมการขนส่งโดยการควบคุมปัจจัยต่างๆ ที่มีผลกระทบต่ออุตสาหกรรมการขนส่ง

¹⁰ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8, น.289.

¹¹ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8, น.292.

3.1.2.1 ประวัติความเป็นมาและการก่อตั้ง ICC

คณะกรรมการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ (The Interstate Commerce Commission : ICC) ได้ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1877 โดยอยู่ในสังกัดของกระทรวงมหาดไทย (Interstate Department) ICC ได้รับการก่อตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการควบคุมการแข่งขันและกำหนดราคาในอุตสาหกรรมการรถไฟ เนื่องจากเป็นที่ทราบกันทั่วไปว่ากิจการดังกล่าวเป็นกิจการที่มีการผูกขาดแต่เพียงผู้เดียว

นับแต่ปี ค.ศ. 1900 เป็นต้นมา ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทำให้เกิดช่องทางการขนส่งอื่นๆ เช่น รถบรรทุก เรือ ขึ้นมาแข่งขันกับอุตสาหกรรมรถไฟ โดยอุตสาหกรรมรถบรรทุกมีความได้เปรียบในเชิงต้นทุนและการลดระยะทางลง ในขณะที่อุตสาหกรรมการขนส่งทางเรือได้เปรียบในเชิงการบรรทุกสินค้าได้ในปริมาณมากๆ อำนาจหน้าที่ในการทำงานของ ICC จึงพัฒนาจากการควบคุมอุตสาหกรรมรถไฟที่ผูกขาด ไปสู่การกำกับดูแลการแข่งขันด้านการขนส่งทั้งภายในอุตสาหกรรมเดียวกันและระหว่างอุตสาหกรรมต่างชนิดกัน และจากการที่ ICC มีบทบาทในการจัดการกับอุตสาหกรรมการขนส่งมากขึ้น ทำให้ ICC จำเป็นต้องรับผิดชอบในด้านการจัดสรรทรัพยากรอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และในช่วงครึ่งแรกของศตวรรษที่ 20 ICC และผู้บริหาร (executives branch) ตระหนักดีว่า การตรากฎออกมาควบคุมกำกับดูแลเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับอุตสาหกรรมการขนส่ง หลักปรัชญานี้ได้รับการทำทลายในช่วงปี ค.ศ. 1950 และมีการพัฒนา ICC อย่างซ้ำๆ ไปสู่การเป็นองค์กรแห่งการปฏิรูป

ในช่วงเริ่มต้น ICC ได้รับการสนับสนุนจากอุตสาหกรรมการรถไฟ ผู้ขนส่งสินค้า และทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับการควบคุมการแข่งขันและรักษาเสถียรภาพด้านราคา ซึ่งก่อนหน้านี้อุตสาหกรรมรถไฟได้เคยมีความพยายามนำวิธีการควบคุมตรวจสอบภายใน และการทำข้อตกลงร่วมกันมาใช้เพื่อเป็นแนวทางในการรักษาเสถียรภาพ แต่ในที่สุดก็ประสบกับความล้มเหลว จึงทำให้อุตสาหกรรมการรถไฟหันมาสนับสนุนการเข้ามาช่วยเหลือโดยรัฐ โดยมองว่าเป็นหนทางในการเพิ่มกำไรโดยไม่ต้องลดราคาค่าโดยสาร ซึ่งจะเห็นได้จากผลกำไรที่เพิ่มขึ้นจากการลดปัญหาการตัดราคากัน (Rate Cutting)

ในปี ค.ศ. 1887 มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วเกิดขึ้นกับ ICC เมื่อ Benjamin Harrison ได้รับการเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดี และได้ดำเนินการปฏิรูป ICC ให้คณะกรรมการผู้บริหารมีความเป็นอิสระมากขึ้น ซึ่งในการปฏิรูปครั้งนี้ ICC ไม่อยู่ภายใต้สังกัด

กระทรวงมหาดไทยอีกต่อไป (Interior Department) และประธานาธิบดีไม่สามารถมีอิทธิพลต่อหน่วยงานดังกล่าวได้¹²

3.1.2.2 โครงสร้าง การแต่งตั้ง วาระการดำรงตำแหน่ง และการพ้นจากตำแหน่ง

ในช่วงเริ่มแรกตามกฎหมายการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ (Interstate Commerce Act : ICA) บัญญัติให้มีคณะกรรมการ ICC ประกอบด้วยกรรมการ 5 คน ซึ่งแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี ภายใต้คำแนะนำและความยินยอมของสภาองเกรส ซึ่งมีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี และมีหลักการคานอำนาจของประธานาธิบดีอยู่ 2 ประการที่นำมาประยุกต์ใช้ในการแต่งตั้ง ICC คือการกำหนดให้มีคณะกรรมการไม่เกิน 3 คนที่เป็นฝ่ายรัฐบาล และคณะกรรมการดังกล่าวต้องไม่เป็นบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมการรถไฟ ทั้งนี้ ประธานาธิบดีมีอำนาจในการถอดถอนคณะกรรมการ ICC ออกจากตำแหน่งได้ใน 3 กรณี กล่าวคือ กรณีที่ดำเนินงานไม่มีประสิทธิภาพ ละเลยต่อหน้าที่ และก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นโดยจงใจ

ต่อมาเมื่อปี ค.ศ.1887 ได้มีการปฏิรูป ICC เพื่อให้สามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพขึ้น จึงกำหนดให้ ICC ไม่อยู่ภายใต้สังกัดของกระทรวงมหาดไทย (Interior Department) อีกต่อไป โดยมีการเพิ่มจำนวนของคณะกรรมการดังกล่าวจาก 5 คนเป็น 11 คน และให้มีวาระในการดำรงตำแหน่ง 7 ปี ในการนี้แม้ว่าประธานาธิบดียังคงมีความรับผิดชอบในการแต่งตั้งคณะกรรมการของ ICC โดยคำแนะนำและความยินยอมของสภาองเกรสอยู่ แต่ไม่มีอำนาจถอดถอนคณะกรรมการดังกล่าวโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร และไม่มีอำนาจเลือกประธานคณะกรรมการ เนื่องจากคณะกรรมการได้รับมอบอำนาจให้เลือกประธานกันเอง ซึ่งประธานกรรมการอยู่ในตำแหน่งได้ 1 ปี คณะกรรมการมีอำนาจตั้งเลขานุการของคณะกรรมการเองได้ โดยเลขานุการนี้จะเป็นเจ้าหน้าที่บริหารหรือทำงานด้านธุรการให้แก่คณะกรรมการ ทั้งนี้ คณะกรรมการมีพนักงานด้านเทคนิคอยู่มากมาย โดยเฉพาะด้านวิศวกรรม บัญชี ทุนายความ และเจ้าหน้าที่อื่นๆ เพื่อเป็นกำลังในการปฏิบัติการกิจตามกฎหมาย

3.1.2.3 อำนาจหน้าที่

กฎหมายการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ ปี ค.ศ.1887 (Interstate Commerce Act 1887) กำหนดอำนาจหน้าที่ที่สำคัญของคณะกรรมการ คือ

¹² Kimberly Vachal "The Interstate Commerce Commission Past and Present", North Dakota State University, (March 1993), pp.1-2.

(1) มีอำนาจสืบสวนสอบสวนเกี่ยวกับธุรกรรมการพาณิชย์ระหว่างรัฐใดๆ ที่การรถไฟเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้อง และมีอำนาจเรียกบุคคลมาให้ถ้อยคำเป็นพยาน ตลอดจนอายัดหนังสือหรือเอกสารใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว

(2) ถ้าการรถไฟเพิกเฉยต่อคำวินิจฉัยของ ICC แล้ว ICC สามารถร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อพิจารณาได้

(3) ICC สามารถเรียกร้องให้การรถไฟเสนอรายงานประจำปี และใช้ระบบการเงินการบัญชีที่เป็นรูปแบบมาตรฐานได้

หลังจากการปฏิรูปในปี ค.ศ.1887 ที่ได้กล่าวมาแล้ว โครงสร้างและหลักปรัชญาของ ICC ยังคงเป็นแบบเดิมมาเป็นเวลาหลายสิบปี จนกระทั่งมีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญมากเมื่อ ICC เข้าไปรับผิดชอบเกี่ยวกับอุตสาหกรรมการขนส่งทางรถยนต์

เพื่อเป็นการตอบสนองต่อยุคเศรษฐกิจที่ตกต่ำในช่วงปี ค.ศ.1930 สภาของเกรสได้ขยายอำนาจของบทบัญญัติให้ครอบคลุมถึงอุตสาหกรรมการขนส่งทางรถยนต์ด้วย ซึ่งระบบถนนหลวงได้ขยายตัวอย่างมากในช่วงปี ค.ศ.1900-1950 ซึ่งปริมาณที่เพิ่มขึ้นของถนนทำให้ผู้ขนส่งมีทางเลือกในการขนส่งสินค้าเพิ่มขึ้น ปัจจัยต่างๆ เกี่ยวกับค่าจ้างที่ถูก รถบรรทุกที่มีขนาดใหญ่ และน้ำมันเชื้อเพลิงทำให้อุตสาหกรรมการขนส่งก้าวขึ้นมาเป็นคู่แข่งที่สำคัญ และผลที่ตามมาก็คือความไม่มีเสถียรภาพด้านราคาและบริการ

ภายใต้กฎหมายยานยนต์บรรทุก (Motor Carrier Act) ในปี ค.ศ.1935 ICC ได้รับอำนาจในการกำหนดคุณสมบัติของพนักงาน ชั่วโมงการทำงาน และมาตรฐานอุปกรณ์สำหรับยานยนต์บรรทุก กฎหมายฉบับนี้ยังกำหนดราคาขั้นต่ำและกระบวนการทางบัญชีของผู้ประกอบการที่ได้รับสัมปทานด้วย หลังจากนี้ ICC เพิ่มขอบเขตอำนาจไปถึงอุตสาหกรรมยานยนต์บรรทุกได้ไม่นาน อุตสาหกรรมเรือ และอากาศยานก็เข้ามาอยู่ในอำนาจของ ICC ในที่สุด

ICC ถือเป็นหน่วยงานของรัฐที่เป็นอิสระที่มีอิทธิพลต่อการควบคุมอุตสาหกรรมการแข่งขันการขนส่งทั้งภาคการขนส่งเดียวกันและภาคการขนส่งต่างชนิดกัน ซึ่งหน้าที่รับผิดชอบและปรัชญาการทำงานของ ICC ในเริ่มแรกค่อนข้างตายตัว แต่ต่อมาสาธารณชนได้กดดันให้ ICC มีการพิจารณาทำคำวินิจฉัยชี้ขาดที่ยืดหยุ่นมากขึ้น เพื่อประโยชน์ระยะยาวของอุตสาหกรรมต่างๆ¹³ ทั้งนี้ คณะกรรมการของ ICC มีอำนาจออกกฎข้อบังคับ และมีอำนาจบังคับตามข้อบังคับที่ออกโดยคณะกรรมการ โดยงานของคณะกรรมการเป็นงานทั้งด้านออกกฎข้อบังคับ ควบคุม วางระเบียบ และยังมีงานด้านเปรียบเทียบใกล้เคียงอีกด้วย เมื่อเกิดการขัดแย้งกันคณะกรรมการมี

¹³ Ibid., pp.2-3.

อำนาจที่จะไกล่เกลี่ยอย่างอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย คณะกรรมการนี้จึงเป็นมือขวาของ สภาคองเกรสในด้านการควบคุมการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ¹⁴

3.1.3 คณะกรรมการการสื่อสารแห่งสหพันธรัฐ (Federal Communications Commission)

ประเทศสหรัฐอเมริกาเมืองนครที่คอยควบคุมดูแลในกิจกรรมการสื่อสารทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นกิจการโทรคมนาคมหรือกิจการแพร่ภาพและกระจายเสียงทั้งหมดต่างอยู่ภายใต้ความดูแลขององค์กรเพียงองค์กรเดียว คือ Federal Communications Commission หรือ FCC ซึ่งก่อตั้งโดย Communications Act of 1934 โดย FCC มีบทบาทและหน้าที่ในการควบคุมและออกใบอนุญาตให้กับกิจการโทรคมนาคมต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการอนุมัติความถี่ในการให้บริการสื่อสารบริการต่างๆ ทั้งการให้บริการโทรศัพท์หรือเคเบิลทีวี นับได้ว่าเป็นบทบาทสำคัญหรือมีส่วนในการควบคุมอำนาจในการบริหารงานของสถานีวิทยุและโทรศัพท์หรือเคเบิลทีวีให้บริการ นอกจากนั้น FCC ยังมีหน้าที่ในการดูแลอุตสาหกรรมโทรคมนาคมและระบบโทรคมนาคมของประเทศทั้งในส่วนที่เป็นเครือข่าย ได้แก่ โครงการดาวเทียม เครือข่ายใยแก้วนำแสงที่เอกชนเป็นผู้ดำเนินการ และในส่วนที่เกี่ยวกับการควบคุมเครือข่ายระบบคอมพิวเตอร์ของประเทศ โทรศัพท์ทางไกลในประเทศและต่างประเทศ รวมทั้งอุตสาหกรรมผลิตอุปกรณ์โทรคมนาคมของประเทศ¹⁵ ซึ่งแยกพิจารณาได้ ดังนี้

3.1.3.1 ประวัติความเป็นมาและการก่อตั้ง

โครงสร้างอุตสาหกรรมโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกาเริ่มต้นขึ้นใน ปี ค.ศ. 1877 เมื่อ Bell Telephone Company ได้จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทำธุรกิจให้บริการโทรศัพท์ โดยมีคู่แข่งที่สำคัญ คือ Speaking Telephone Company ซึ่งเป็นบริษัทในเครือของ Western Union โดยในปี ค.ศ. 1879 Western Union ได้เลิกดำเนินธุรกิจโทรศัพท์ Bell Telephone Company จึงได้ซื้อกิจการโทรศัพท์ของ Western Union มาดำเนินการ การดำเนินการให้บริการโทรศัพท์ของ Bell Telephone Company ได้มีการขยายตัวไปอย่างกว้างขวาง และรวดเร็วจนอาจจะครอบคลุมทั่วสหรัฐอเมริกา จนกระทั่งปี ค.ศ. 1894 สิทธิในการดำเนินกิจการ

¹⁴ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น.290.

¹⁵ รัตติกาล อ่อนนุช, “กรอบแนวคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อห้ามการอุดหนุนไว้ในบริการโทรคมนาคมกับบริการแพร่ภาพและกระจายเสียง”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547) น.145.

โทรศัพท์ของ Bell Telephone Company ได้สิ้นสุดลง¹⁶ ต่อมาในปี ค.ศ.1910 ได้มีการก่อตั้ง American Telephone and Telegraph หรือ AT&T และบริษัทในเครือขึ้นเพื่อดำเนินกิจการโทรศัพท์ในระบบเดียวกับที่ Bell Telephone Company เป็นผู้ดำเนินการ ในช่วงเวลานี้เป็นช่วงที่มีการแข่งขันการให้บริการโทรคมนาคมกันอย่างสูง ทั้งในแง่ของการศึกษาวิจัย พัฒนา การผลิต อุปกรณ์โทรคมนาคม เป็นต้น แต่ AT&T จะเป็นผู้ให้บริการรายใหญ่ที่สุดในขณะนั้น ซึ่งมีบริษัทในเครือมากมายทำให้ได้เปรียบผู้ให้บริการรายอื่นๆ ในแง่ที่ AT&T เป็นเจ้าของโครงข่าย จึงสามารถที่จะปฏิเสธการเชื่อมโยงโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายอื่นเข้ากับโครงข่ายของ AT&T ความเป็นเจ้าตลาดโทรคมนาคมของ AT&T ทำให้รัฐบาลสหรัฐอเมริกาต้องเข้ามาแทรกแซงกิจการของ AT&T¹⁷ โดยสภาแห่งสหพันธรัฐตระหนักถึงโอกาสในการใช้อำนาจผูกขาดของบริษัท AT&T ในการขึ้นราคาอัตราค่าบริการโทรศัพท์และจำกัดการแข่งขันในปี ค.ศ.1934 รัฐบาลจึงได้ออก พระราชบัญญัติการสื่อสาร ค.ศ.1934 (Communications Act 1934) จัดตั้ง คณะกรรมการการสื่อสารแห่งสหพันธรัฐ (Federal Communications Commission : FCC) ขึ้นในฐานะองค์กรกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรศัพท์ทางไกลระหว่างรัฐ โดยดึงเอาอำนาจดังกล่าวจากคณะกรรมการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ (Interstate Commerce Commission : ICC) ที่มีอำนาจอยู่แต่เดิม เนื่องจากกรอบภารกิจของ ICC ที่ต้องกำกับดูแลตลาดการค้าระหว่างรัฐทั้งหมดมิได้จำกัดแต่เฉพาะตลาดโทรคมนาคมเท่านั้น ทำให้งานการกำกับดูแลหนักเกินไปจึงส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพการกำกับดูแลตามไปด้วย

แต่อย่างไรก็ตามมลรัฐต่างๆ ได้คัดค้านแนวคิดที่จะจัดตั้ง FCC ขึ้นเป็นองค์กรกำกับดูแลตลาดโทรคมนาคมโดยรวมทั่วประเทศ จึงส่งผลให้กรอบอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลของ FCC จำกัดแต่เฉพาะตลาดการสื่อสารระหว่างรัฐเท่านั้น โดยอำนาจในการกำกับดูแลอัตราค่าบริการและการประกอบกิจการบริการสื่อสารรวมทั้งการเชื่อมต่อโครงข่ายภายในรัฐยังคงอยู่

¹⁶ APEC Telecommunication Working Group, The State of Telecommunications Infrastructure and Regulatory Environment of APEC Economies Volume 1 November 1993, (Singapore : Viva Lithography Pte., ,1993), p.302. อ้างใน ชัช โชชัย, “รูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540) น.42-43.

¹⁷ ชัช โชชัย, “รูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540) น.42.

ภายใต้อำนาจขององค์กรกำกับดูแลของแต่ละมลรัฐ ซึ่ง FCC มีความพยายามที่จะเข้ามามีบทบาทในฐานะองค์กรกำกับดูแลการประกอบการโทรคมนาคมหลักของสหรัฐอเมริกาและบังคับใช้นโยบายส่งเสริมการแข่งขันแทนที่นโยบายกำกับดูแลผู้ประกอบการผูกขาดโดยธรรมชาติขององค์กรกำกับดูแลระดับมลรัฐเริ่มประสบความสำเร็จเมื่อมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติโทรคมนาคม ฉบับใหม่ในปี ค.ศ.1996 โดยพระราชบัญญัติโทรคมนาคม ค.ศ.1996 ซึ่งนำมาใช้บังคับแทนที่พระราชบัญญัติการสื่อสาร ค.ศ.1934 ได้ให้อำนาจแก่ FCC เห็นชอบองค์กรกำกับดูแลระดับมลรัฐที่กระทำการใดๆ อันเป็นการขัดขวางมิให้เกิดการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคมอันเป็นเป้าหมายหลักของกฎหมายฉบับนี้ การบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวส่งผลให้กฎหมายและกฎเกณฑ์กำกับดูแลการประกอบการโทรคมนาคมในระบบมลรัฐที่มีขึ้นเพื่อจำกัดการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคมท้องถิ่นต้องยกเลิกไปโดยปริยาย โดยต่อมา FCC ได้ออกกฎเกณฑ์กำกับดูแลทางด้านราคาภายใต้คำสั่ง the Local Competition Order กำหนดหลักเกณฑ์การคำนวณต้นทุนการประกอบการโทรคมนาคมของผู้ประกอบการโทรคมนาคม ซึ่งเป็นรูปแบบการคำนวณต้นทุนและราคาค่าบริการซึ่งประมาณการต้นทุนที่แท้จริงที่จะเกิดขึ้นกับผู้ประกอบการซึ่งมีประสิทธิภาพในตลาดแข่งขันในการให้บริการที่มีการจำแนกต้นทุนตามการใช้งานส่วนประกอบต่างๆ ของโครงข่าย ซึ่งได้รับการโต้แย้งอย่างรุนแรงจากองค์กรกำกับดูแลระดับมลรัฐภายใต้เหตุผลว่า FCC ไม่มีอำนาจในการบังคับให้องค์กรกำกับดูแลระดับมลรัฐบังคับใช้หลักการคำนวณต้นทุนดังกล่าว ซึ่งส่งผลกระทบต่อองค์กรกำกับดูแลอัตราค่าบริการปลีก บริการโทรคมนาคมอันอยู่ในเขตอำนาจขององค์กรกำกับดูแลระดับมลรัฐ โดยองค์กรกำกับดูแลระดับมลรัฐจะยอมรับบังคับกฎเกณฑ์การกำกับดูแลทางด้านราคาของ FCC ก็แต่เฉพาะกฎเกณฑ์ที่ส่งผลถึงบริการโทรคมนาคมในรูปแบบขายส่งอันเป็นอำนาจของ FCC เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ.1999 ศาลสูงมีคำตัดสินยืนยันอำนาจของ FCC ในการกำหนดกฎเกณฑ์กำกับดูแลทางด้านราคาดังกล่าวในฐานะเป็นกฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นเพื่อส่งเสริมการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคมท้องถิ่นอันเป็นวัตถุประสงค์หลักของพระราชบัญญัติโทรคมนาคมฉบับใหม่ คำตัดสินดังกล่าวนอกจากจะเป็นการสนับสนุนการให้อำนาจ FCC เห็นชอบองค์กรกำกับดูแลระดับมลรัฐแล้ว ยังถือเป็นจุดเริ่มต้นหลักของการลดทอนอำนาจขององค์กรกำกับดูแลระดับมลรัฐที่มีเหนือการประกอบการโทรคมนาคมแบบค่อยเป็นค่อยไปด้วย¹⁸

¹⁸ พรเพ็ญ อินทร์ไทยวงศ์, “กฎเกณฑ์การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมที่เหมาะสมกับตลาดโทรคมนาคมในประเทศไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545) น.115-116.

3.1.3.2 โครงสร้าง การแต่งตั้ง วาระการดำรงตำแหน่ง และการพ้นจากตำแหน่ง

FCC เป็นองค์กรกำกับดูแลอิสระขนาดใหญ่ที่ประกอบด้วยพนักงานกว่า 2,100 คน ก่อตั้งขึ้นภายใต้พระราชบัญญัติการสื่อสาร ค.ศ.1934 ซึ่งรับนโยบายโดยตรงต่อสภาองเกรส และสภาองเกรสเป็นผู้กำหนดงบประมาณประจำปีให้ FCC โดย FCC เป็นองค์กรของรัฐในรูปแบบองค์คณะประกอบด้วยกรรมการจำนวน 5 คน ซึ่งประธานาธิบดีเป็นผู้คัดเลือกและแต่งตั้ง โดยความเห็นชอบของวุฒิสภา (Senate) ในการแต่งตั้งกรรมการ FCC ประธานาธิบดีจะคัดเลือกบุคคลที่มาจากพรรคการเมืองเดียวกันเกินกว่า 3 คนไม่ได้ ดังนั้น โดยปกติแล้ว FCC จึงประกอบด้วยสมาชิกที่มาจากพรรคการเมืองเดียวกัน 3 คน (ฝ่ายรัฐบาล) และจากพรรคการเมืองอื่น 2 คน (ฝ่ายค้าน) โดยประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งกรรมการ 1 ใน 5 นั้นขึ้นดำรงตำแหน่ง ประธานกรรมการ และสมาชิกทุกคนมีวาระการดำรงตำแหน่ง 5 ปี นอกจากนั้นกรรมการทุกคนจะต้องไม่มีผลประโยชน์ทางการเงินใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจภายใต้การกำกับดูแลของ FCC เพื่อเป็นการประกันความเป็นอิสระและความเป็นกลางในการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการ โดยก่อนหมดวาระการดำรงตำแหน่งคณะกรรมการไม่อาจถูกถอดถอนได้ เว้นแต่ในกรณีที่กระทำการโดยมิชอบ เช่น เข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำผิดกฎหมาย ซึ่งระบบการคุ้มครองการถอดถอนกรรมการดังกล่าวมีส่วนทำให้กรรมการสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาและชี้ขาดปัญหาด้านการกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมได้อย่างอิสระปราศจากการแทรกแซงของฝ่ายบริหาร

ในการดำเนินการใดๆ ของคณะกรรมการ ประธานกรรมการอาจจะมอบอำนาจการจัดการให้แก่กรรมการผู้จัดการ (Managing Director) โดยกรรมการทั้ง 5 จะร่วมกันตรวจสอบควบคุมการดำเนินงานทั้งหมดของ FCC รวมทั้งมอบหมายอำนาจหน้าที่ต่างๆ แก่หน่วยงานย่อยภายใน FCC¹⁹

3.1.3.3 อำนาจหน้าที่ และการตรวจสอบ

FCC มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งครอบคลุมทั้งกิจการโทรคมนาคมที่ใช้สาย (wire) เป็นสื่อ เช่น เคเบิลใต้น้ำ (submarine cable) และที่ใช้คลื่นวิทยุ (radio) เป็นสื่อ เช่นระบบสื่อสารโทรคมนาคมด้วยดาวเทียม (satellite communications) โดย FCC มีขอบเขตอำนาจหน้าที่กำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมระหว่างมลรัฐ และกิจการโทรคมนาคมระหว่างประเทศ นอกจากนี้ FCC ยังมีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลธุรกิจให้บริการวิทยุกระจายเสียง และวิทยุโทรทัศน์ และธุรกิจการให้บริการโทรทัศน์ทางสายด้วยเขตอำนาจของ FCC ครอบคลุมรัฐทั้ง 50 รัฐ โดยมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการกำหนด

¹⁹ เฟิงอ๋าง, น.117.

กฎระเบียบข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมโทรคมนาคม บังคับใช้กฎระเบียบข้อบังคับที่ตนกำหนดขึ้น รวมไปถึงการชี้ขาดการละเมิดกฎระเบียบข้อบังคับดังกล่าว จากลักษณะอำนาจหน้าที่ดังกล่าวทำให้ FCC ถูกจัดให้อยู่ในรูปแบบขององค์กรกำกับดูแลที่มีอิสระอย่างเต็มที่ (Fully autonomous regulatory agency) โดยไม่จำเป็นต้องรายงานหรือยืนยันการดำเนินการต่อหน่วยงานอื่นๆ ของรัฐบาล

การดำเนินการตัดสินใจภายใต้พระราชบัญญัติโทรคมนาคม ค.ศ.1996 ของ FCC กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (the Administrative Procedures Act : APA) กำหนดให้อยู่ภายใต้การมีส่วนร่วมของสาธารณะ (Public Participation) โดยการแจ้งให้ประชาชนทราบและเปิดรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และการพิจารณาทบทวนการกระทำที่ขัดต่อกฎระเบียบข้อบังคับซึ่งออกโดย FCC จะกระทำโดยระบบ Adversarial System ซึ่งกำหนดให้คู่ความทั้ง 2 ฝ่ายทำคำชี้แจงและความเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรรวมถึงการชี้แจงด้วยปากเปล่าในประเด็นที่โต้แย้งกัน นอกจากนั้นในการตัดสินใจมีคำสั่งใดๆ จะต้องให้เหตุผลอธิบายเห็นลายลักษณ์อักษรซึ่งได้มาจากพยานหลักฐานที่ปรากฏแก่ FCC คำวินิจฉัยใดๆ ของ FCC อาจถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือกลับได้โดยศาลสหรัฐหากปรากฏว่ามีได้เป็นไปตามกระบวนการที่กำหนดไว้ใน APA ภายใต้แนวคิดการถ่วงดุลและตรวจสอบ (Check and Balance)²⁰

จากที่กล่าวมาแม้ว่า FCC จะเป็นองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระค่อนข้างมากเมื่อเปรียบเทียบกับองค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมของประเทศอื่นๆ แต่โดยข้อเท็จจริงแล้วการดำเนินการของ FCC จะถูกคานอำนาจจากสภาองเกรส เริ่มตั้งแต่การแต่งตั้งคณะกรรมการจะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา (Senate) นอกจากนี้สภาองเกรสยังเป็นผู้กำหนดและอนุมัติจำนวนเงินงบประมาณให้ FCC และเป็นผู้อนุมัติร่างกฎ ข้อบังคับ งานด้านกฎหมายที่ออกโดย FCC ดังนั้น จากการที่ FCC มีที่มาจากพรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาล และพรรคฝ่ายค้านซึ่งจะทำให้เกิดการคานอำนาจกันขึ้นระหว่างสมาชิกที่มาจากพรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาล และพรรคการเมืองฝ่ายค้าน และจากการคานอำนาจระหว่าง FCC กับฝ่ายนิติบัญญัติด้วยการควบคุมทางด้านงบประมาณของ FCC ผ่านทางสภาองเกรส จึงทำให้รูปแบบการดำเนินงานของ FCC เป็นไปด้วยความโปร่งใส มีประสิทธิภาพมากกว่าองค์กรที่ไม่มีมีการคานอำนาจกันเช่นนี้ ทั้งนี้ กระบวนการในการตัดสินใจของ FCC ยังอาจถูกทบทวนได้โดยผ่านทางองค์กรตุลาการของสหรัฐอเมริกา โดยคำวินิจฉัยสั่งการของ FCC สามารถที่จะอุทธรณ์ไปยังศาลสหพันธรัฐ (the federal courts) ได้ โดยศาลจะทำการทบทวนคำวินิจฉัยของ FCC บนพื้นฐานสองประการ คือ

²⁰ เฟิงอ้าง, น.118.

ประการแรก คำวินิจฉัยของ FCC ได้ดำเนินไปโดยอยู่ในขอบอำนาจหน้าที่ที่ FCC มีอยู่ตามกฎหมายหรือไม่ และประการที่สอง คือ คำวินิจฉัยดังกล่าวได้ดำเนินไปด้วยความยุติธรรมตามพยานหลักฐานที่ปรากฏอยู่ในขณะที่มีคำวินิจฉัยหรือไม่²¹ หากคำวินิจฉัยของ FCC ไม่เป็นไปตามหลักทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นศาลก็สามารถที่จะเพิกถอนคำวินิจฉัยของ FCC ได้

3.1.4 วิเคราะห์สถานะทางกฎหมาย Independent Regulatory Agency (IRA) ในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา

ความชอบด้วยกฎหมายของอำนาจในการตรากฎของ Independent Regulatory Agencies (IRA) ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีลักษณะคล้ายกับองค์กรฝ่ายบริหาร ซึ่งมีความแตกต่างกันเพียงเรื่องการแทรกแซงจากประธานาธิบดีเท่านั้น ดังนั้น การศึกษาเกี่ยวกับอำนาจในการตรากฎของ Independent Regulatory Agency จะทำให้ทราบถึงอำนาจในการตรากฎของประเทศสหรัฐอเมริกาในภาพรวมด้วย

3.1.4.1 บทนิยามและลักษณะเฉพาะของ Independent Regulatory Agency (IRA)

รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกามีความคล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญที่ใช้ในแถบยุโรปทั่วไป กล่าวคือ เนื้อความสำคัญในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกามีได้บัญญัติหรือกล่าวถึงในเรื่องของ Independent Regulatory Agency แต่หากพิจารณาโดยรวมแล้วหน้าที่หลักตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาคำหนดให้สภาองเกรสมีอำนาจในการจัดตั้งรัฐบาลกลางแห่งสหพันธรัฐอเมริกา (federal government) และการจัดสรรรัฐบาลในสภาองเกรส ยกเว้นการเสนอชื่อคณะรัฐมนตรี ฉะนั้น การก่อตั้ง Independent Regulatory Agency ต่างๆ ในระดับสหพันธรัฐอเมริกาเป็นผลมาจากกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยสภาองเกรสเป็นผู้ก่อตั้งขึ้นเช่นเดียวกับประเทศในแถบยุโรปทั่วไปที่รัฐสภาเป็นผู้จัดตั้งองค์กรประเภทดังกล่าวขึ้นมา

การกำหนดนิยามและลักษณะของ Independent Regulatory Agency ของประเทศสหรัฐอเมริกาจะต้องเชื่อมโยงควบคู่ไปกับโครงสร้างของรัฐบาลกลางแห่งสหพันธรัฐอเมริกา โดยจะเน้นลักษณะความแตกต่างหลักๆ ระหว่าง Executive Regulatory Agency (องค์กรบริหาร) กับ

²¹ Gred Wallenstein, Setting Global Telecommunication Standards : The Stakes, (The Players & Process), p.147 อ้างใน ชัช ไซชัย, “รูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540) น.48.

Independent Regulatory Agency อยู่ 2 ประการ ประการแรก คือ ความแตกต่างเกี่ยวกับลำดับตำแหน่งในโครงสร้างการปกครอง ประการที่สอง คือ ลักษณะความแตกต่างของตำแหน่งผู้นำ กล่าวคือ องค์การบริหารจะถูกกำหนดให้เป็นองค์กรหนึ่งในสาขาฝ่ายบริหารซึ่งมีผู้แทนของคณะรัฐมนตรีเป็นผู้ดูแลโดยตรง ในขณะที่ Independent Regulatory Agency ถูกกำหนดไว้นอกระบบการควบคุมโดยประธานาธิบดี Independent Regulatory Agency จะมีลักษณะเป็นองค์กรสหสมาชิก ซึ่งมีแกนนำเป็นกลุ่มบุคคลผู้ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่ในลักษณะคณะกรรมการ เมื่อเปรียบเทียบกับองค์การบริหารนั้นจะอยู่ภายใต้การนำของผู้มีอำนาจบริหารเพียงคนเดียว

กระบวนการในการแต่งตั้งและถอดถอนคณะกรรมการของ Independent Regulatory Agency ถูกกำหนดขึ้นเพื่อให้คณะกรรมการมีความเป็นอิสระในการทำงาน โดยประธานาธิบดีจะเป็นผู้เสนอชื่อผู้ที่เหมาะสมเพื่อเข้าดำรงตำแหน่งและมีสภาคองเกรสเป็นผู้รับรอง เพื่อเป็นการคานอำนาจกันระหว่างประธานาธิบดีและสภาคองเกรส นอกจากนี้การแต่งตั้งกรรมการแต่ละคนให้มีวาระการดำรงตำแหน่งที่ถัดกันหรือเหลื่อมกัน (staggered dates) และมีวาระในการดำรงตำแหน่งที่แน่นอน (fixed term) เพื่อป้องกันการถูกครอบงำจากฝ่ายบริหารทั้งคณะ ทั้งนี้ การถอดถอนกรรมการออกจากตำแหน่งก็ถูกกำหนดขอบเขตไว้ไม่ให้เป็นเพราะสาเหตุหรือแรงผลักดันทางการเมือง ด้วยเหตุนี้อย่างน้อยที่สุดเมื่อกล่าวในเชิงหลักการแล้ว ประธานาธิบดีจะไม่สามารถแทรกแซงการทำงานของ Independent Regulatory Agency ได้

ภายใต้กรอบข้อพิจารณา 2 ประเด็นที่กล่าวมาแล้ว กล่าวคือ ความแตกต่างเกี่ยวกับลำดับตำแหน่งในโครงสร้างการปกครองและลักษณะความแตกต่างของตำแหน่งผู้นำองค์กร อาจจะนิยาม Independent Regulatory Agency ว่า คือ องค์กรฝ่ายปกครองที่ไม่สังกัดกระทรวงใดๆ ในคณะรัฐมนตรีและบริหารในรูปคณะกรรมการที่เป็นอิสระจากอำนาจประธานาธิบดี อย่างไรก็ตาม นิยามเช่นนี้ยังขาดความสมบูรณ์ในเรื่องของหน้าที่ความรับผิดชอบของ Independent Regulatory Agency ด้วยเหตุนี้ นิยามที่ครอบคลุมจึงควรจะหมายถึง²² “องค์กรฝ่ายปกครองซึ่งรับผิดชอบในการตรากฎเพื่อควบคุมกิจกรรมใดๆ โดยเป็นหน่วยงานอิสระไม่ขึ้น

²² Dominique Custos, “The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies”, p.1.

ตรงกับกระทรวงใด และบริหารจัดการในรูปแบบคณะกรรมการซึ่งเป็นอิสระจากอำนาจของประธานาธิบดี”²³

ในเชิงประวัติศาสตร์เกี่ยวกับเรื่องหน้าที่ความรับผิดชอบของ Independent Regulatory Agency เป็นส่วนประกอบสำคัญในการกำหนดค่านิยมถึง Independent Regulatory Agency และยังเป็นหลักพื้นฐานในการแยกความแตกต่างจากองค์กรบริหารด้วย ซึ่งในปัจจุบันเรื่องอำนาจหน้าที่ขององค์กรดังกล่าวยังคงมีคุณค่าในเชิงกำหนดค่านิยมอยู่ แต่ความแตกต่างในเรื่องหน้าที่ขององค์กรทั้ง 2 ประเภทไม่มีแล้ว กล่าวคือ ในยุคแรกเริ่มที่สร้าง Independent Regulatory Agency ขึ้นมานั้น Independent Regulatory Agency เป็นสัญลักษณ์เชิงอุดมคติเกี่ยวกับอำนาจในการตรากฎเกณฑ์ต่างๆ มาควบคุมระบบเศรษฐกิจเพื่อผลประโยชน์ของสาธารณชน อันเป็นการท้าทายแนวคิดเรื่องทรัพย์สินและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งเป็นสิ่งที่ตรงข้ามกับองค์กรบริหารของรัฐที่ในทางทฤษฎีแล้วมีหน้าที่ในเชิงการจัดการเท่านั้น ไม่สามารถตัดสินใจกระทำการใดๆ ได้มากนัก

ต่อมาในปัจจุบันเมื่อพิจารณาถึงภารกิจในการควบคุมกำกับดูแล (regulatory mission) ของ Independent Regulatory Agency ซึ่งถูกแปลความว่าเป็น องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ผสม อันได้แก่ การตรากฎ การสอบสวน การฟ้องร้องดำเนินคดี ตลอดจนการวินิจฉัยตัดสินชี้ขาดได้ แต่ในความเป็นจริงการแบ่งแยกหน้าที่ในการใช้อำนาจของ Independent Regulatory Agency ดังกล่าวนั้น ไม่ได้ถูกปฏิบัติอย่างเคร่งครัด เนื่องจาก ประการแรก องค์กรบริหารของรัฐก็มีอำนาจในการควบคุมกำกับดูแล (regulatory functions) ด้วยเช่นกัน และประการที่สอง Independent Regulatory Agency บางองค์กรก็ต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างอื่นที่ไม่เกี่ยวกับการควบคุมกำกับดูแล (regulatory functions) ไปพร้อมกันด้วย จึงสามารถกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า องค์กรทั้ง 2 ประเภท มีภาระหน้าที่ทั้งในด้านการบริหารจัดการและการควบคุมกำกับดูแลไปพร้อมๆ กัน และองค์กรเหล่านี้ก็ชอบที่จะมีอำนาจอยู่เช่นนี้

3.1.4.2 ค่านิยมของอำนาจในการตรากฎตามกฎหมายระดับสหพันธรัฐ

ค่านิยมตามกฎหมายของอำนาจในการตรากฎมาจากกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (the Administrative Procedures Act : APA) ซึ่งถูกบัญญัติขึ้นในปี ค.ศ.1946 โดย APA กำหนดให้ Independent Regulatory Agency และองค์กรบริหารมีอำนาจในการตรากฎ

²³ A form of administrative government that is responsible to regulate human activities and is placed outside any cabinet department and under the leadership of a college of commissioners independent of the President.

และวินิจฉัยข้อพิพาทได้ ซึ่งหากเป็นกรณีที่สองทั้ง 2 ประเภท ออกนโยบายบางประการถือว่าองค์กรทั้งสองใช้อำนาจในการตรากฎ ส่วนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทจะใช้เมื่อคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองใดขององค์กรไปมีผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลของประชาชน นอกจากนี้ การตรากฎในบางกรณีอาจมีกระบวนการทางปกครองที่ต้องกระทำเป็นพิเศษซึ่งถือเป็นเงื่อนไขในการตรากฎดังกล่าวโดยกำหนดไว้ในกฎหมายที่ให้อำนาจในการตรากฎเฉพาะเรื่องนั้นๆ ด้วย ซึ่งในบางกรณีเป็นกระบวนการโดยเฉพาะของ Independent Regulatory Agency จึงทำให้การตรากฎของ Independent Regulatory Agency มีลักษณะเฉพาะขึ้น

อำนาจในการตรากฎ คือ อำนาจในการออกกฎหรือระเบียบ ซึ่ง “กฎ” ตามความหมายที่กำหนดไว้ใน APA คือ ทั้งหมดหรือบางส่วนของคำพูดหรือสิ่งที่กำหนดไว้ในหนังสือ (Statement) ที่ใช้ในกรณีเฉพาะหรือทั่วไป โดยมีผลในการนำมาใช้ แปล ตรากฎ หรือวางนโยบายในอนาคต ซึ่งถ้ามองในเชิงเปรียบเทียบหากตัดการใช้ในกรณีเฉพาะออกไปแล้ว จะเห็นได้ว่านิยามดังกล่าวมีลักษณะคล้ายกับการตรากฎหมายทั่วไปที่จะต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไปและมีวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายขึ้นมา²⁴

ในความเป็นจริงแล้วการตรากฎของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้หมายถึงอำนาจในการตรากฎตามกฎหมายเท่านั้น แต่ยังครอบคลุมถึงอำนาจในการตรากฎตามแนวทางปฏิบัติที่ยอมรับกันว่ามีอำนาจกระทำได้ด้วย ซึ่งในระบบกฎหมายของประเทศอื่น เช่น หลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสจะแยกอำนาจตามแนวทางปฏิบัติดังกล่าวนี้ออกจากอำนาจในการตรากฎอย่างชัดเจน ดังนั้น กฎใน APA จึงแยกออกเป็น 2 ลักษณะ คือ กฎที่เกิดจากกฎหมายของสภานิติบัญญัติ (Legislation Rule) ซึ่งจะสร้างขอบเขตของกฎหมาย และกฎที่ไม่ได้เกิดจากกฎหมายของสภานิติบัญญัติ (Non Legislation Rule) ซึ่งจะไม่มีสภาพบังคับและผลทางกฎหมาย

3.1.4.3 ที่มาของอำนาจในการตรากฎของ Independent Regulatory Agency (IRA)

อำนาจในการตรากฎของ Independent Regulatory Agency มีที่มาจากกฎหมายของสภานิติบัญญัติ โดยสภานิติบัญญัติจะออกพระราชบัญญัติมาเพื่อให้อำนาจเฉพาะแต่ละองค์กรแตกต่างกันไป แต่อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติที่ออกมานั้นไม่จำเป็นต้องให้อำนาจในการตรากฎเสมอไป และหากมีการให้อำนาจในการตรากฎแก่ Independent Regulatory Agency ไว้ สภาคองเกรสก็อาจกำหนดให้มีเพียงอำนาจในการตรากฎ โดยปราศจากสภาพบังคับทางกฎหมายก็ได้

²⁴ Dominique Custos, “The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies”, p.2.

การมอบอำนาจให้ Independent Regulatory Agency สามารถตรากฎเพื่อใช้ในการปฏิบัติภารกิจอาจครอบคลุมภารกิจทั้งหมด หรือใช้ได้เพียงบางภารกิจที่สำคัญเท่านั้น ซึ่งการแพร่ขยายอำนาจในการตรากฎของ Independent Regulatory Agency ไม่ได้เกิดจากความตั้งใจของสภาองเกรส แต่เนื่องจากสภาองเกรสมักจะบ่งชี้ข้อความในกฎหมายที่เคลือบคลุม รวมทั้งข้อความเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ตรากฎหรือระเบียบ ทำให้กฎหมายที่ประกาศใช้หลายฉบับมีความไม่ชัดเจนว่ามีผลผูกพันทางกฎหมายหรือไม่ ในที่สุดเมื่อปี ค.ศ.1970 ศาลได้มีวินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจในการตรากฎของ Independent Regulatory Agency ว่า ข้อความใดๆ ที่เคลือบคลุมให้ถือว่าข้อความในกฎหมายนั้นๆ มีเจตนาที่จะมอบอำนาจในการตรากฎให้แก่ Independent Regulatory Agency นับแต่นั้นมา ทำให้คดีหลายคดีที่เกิดขึ้นหลังการใช้กฎหมาย APA ยึดถือว่าโดยหลักทั่วไปแล้วสภาองเกรสได้มอบอำนาจให้ Independent Regulatory Agency ตรากฎต่างๆ ได้

เมื่อพิจารณาตามตัวอักษรแล้ว การมอบอำนาจดังกล่าวข้างต้นให้แก่ Independent Regulatory Agency อาจขัดแย้งกับหลักการแบ่งแยกอำนาจของรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะระบุไว้ชัดเจนว่า องค์กใดเป็นผู้มีส่วนร่วมในการใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ดังนั้น การมอบอำนาจให้องค์กใดองค์กหนึ่งสามารถตรากฎได้ อาจถือว่าเป็นการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่องค์กนั้นโดยที่รัฐธรรมนูญไม่ได้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง

แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะไม่มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงการมอบอำนาจให้ Independent Regulatory Agency มีอำนาจในการตรากฎไว้โดยชัดเจน แต่รัฐธรรมนูญก็มีหลักการที่สามารถปรับใช้ในเรื่องดังกล่าวได้ กล่าวคือ ในทางทฤษฎีแล้วรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้กล่าวถึงอำนาจในการตรากฎต่างๆ ไว้ในรัฐธรรมนูญ แม้แต่อำนาจบริหารซึ่งเป็นของประธานาธิบดีก็ระบุไว้กว้างๆ ว่า “ประธานาธิบดีจะต้องควบคุมดูแลให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด” ซึ่งการปฏิบัติตามที่ระบุไว้นี้อาจจำเป็นต้องอาศัยการตรากฎต่างๆ เพื่อควบคุมดูแลเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานที่มีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมายต่างๆ นั้น ดังนั้น ประธานาธิบดีจึงมี 2 บทบาทพร้อมๆ กัน กล่าวคือ บทบาทในฐานะผู้นำรัฐบาลซึ่งต้องรับผิดชอบทางการเมืองและบทบาทในฐานะหัวหน้าสูงสุดของเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งต้องรับผิดชอบทางกฎหมายในการกระทำใดๆ ของเจ้าหน้าที่รัฐนั้นด้วย อำนาจในการตรากฎต่างๆ ของประธานาธิบดีจึงอนุมานได้จากการมอบอำนาจให้บริหารให้มีประสิทธิภาพสูงสุด แม้ไม่ได้ระบุเรื่องดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้งก็ตาม ซึ่งการอนุมานดังกล่าวเป็นเพียงการรับรองความมีอยู่จริงของอำนาจในการตรากฎ

ต่างๆ ของประธานาธิบดีเท่านั้น โดยมีได้หมายความว่า ประธานาธิบดีจะมีอำนาจดังกล่าวเพียงฝ่ายเดียวหรือจะเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติร่วมกันแต่อย่างใด

ความไม่ชัดเจนของตัวบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจในการตรากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งต่างจากรัฐธรรมนูญของประเทศอื่นที่ปกครองโดยระบอบประธานาธิบดีหรือกึ่งประธานาธิบดีที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจน ก่อให้เกิดคำถามว่าความไม่ชัดเจนของตัวบทบัญญัติดังกล่าวทำให้เกิดผลดีต่อการใช้อำนาจให้เกิดการมอบอำนาจให้ Independent Regulatory Agency สามารถตรากฎต่างๆ หรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม การเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกามีลักษณะที่สำคัญอีก 2 ประการที่ส่งผลกระทบในเชิงบวก กล่าวคือ ประการแรก การเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกามีลักษณะที่ต้องการให้เกิดการกระจายอำนาจในการตราฎให้กับฝ่ายบริหารในระดับต่างๆ และประการที่สอง ตามหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกานับสนุนหลักการกระจายอำนาจเช่นนี้ด้วย

ในยุโรปหรือประเทศสหรัฐอเมริกายังคงมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการแบ่งแยกและระดับความเป็นอิสระของ Independent Regulatory Agency ซึ่งไม่สอดคล้องกับความเป็นผู้นำของประธานาธิบดีในด้านการบริหาร กล่าวคือ การมอบอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการให้แก่ Independent Regulatory Agency เพียงองค์กรเดียว และในขณะเดียวกันถือเป็นการขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจของรัฐธรรมนูญด้วย ต่อมาในช่วงปี ค.ศ.1990 เริ่มมีการพยายามที่จะจำกัดอำนาจของ Independent Regulatory Agency อย่างไรก็ตามอำนาจของ Independent Regulatory Agency ได้รับการรับรองโดยแนวคำพิพากษา โดยได้วางหลักกฎหมายที่ทำให้ Independent Regulatory Agency มีอำนาจกระทำการต่างๆ ได้ ซึ่งเคยมีการตัดสินว่าการรวมอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการไว้ใน Independent Regulatory Agency ไม่เป็นการละเมิดสิทธิอย่างร้ายแรงที่มีผลกระทบต่อหลักการถ่วงดุลอำนาจ²⁵ และศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาเคยวินิจฉัยโดยให้เหตุผลในการจำกัดอำนาจของประธานาธิบดีเกี่ยวกับการปลดคณะกรรมการของ Independent Regulatory Agency ด้วย²⁶ แม้ว่าความเป็นอิสระจากประธานาธิบดีของ Independent Regulatory Agency จะก่อให้เกิดการแข่งขันกันกับประธานาธิบดีซึ่งเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหารก็ตาม ทั้งนี้ การถกเถียงถึงปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับที่มาของ Independent Regulatory Agency ยังคงมีอยู่

²⁵ Mistretta v. United States 488 US 361 (1989).

²⁶ Humphrey's Executor v. United States 295 U.S. 602, 629-632 (1935), Wiener v. United States 357 U.S. 349, 356 (1958).

3.1.4.4 ขอบเขตของอำนาจในการตรากฎของ Independent Regulatory Agency (IRA)²⁷

ในประเทศสหรัฐอเมริกา อำนาจในการตรากฎโดยอิสระมีวัตถุประสงค์เพื่อให้องค์กรที่มีหน้าที่กำกับดูแลเศรษฐกิจระดับสหพันธรัฐหรืออุตสาหกรรมด้านใดด้านหนึ่งมีอำนาจในการตรากฎ ในช่วงปี 1930 การมอบอำนาจให้กับ Independent Regulatory Agency เป็นผู้ตรากฎได้รับการยอมรับว่าเป็นเรื่องที่ต้อง เพราะเป็นการมอบอำนาจให้ผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้นๆ เป็นผู้ตรากฎ ทำให้กฎที่ถูกตราออกมาบังคับใช้ได้เหมาะสม ซึ่งการใช้อำนาจในการตรากฎของคณะกรรมการของ Independent Regulatory Agency นั้นจะต้องถูกใช้ภายใต้แนวทางและหลักการที่วางไว้โดยสภาองเกรส ซึ่งเป็นหลักการที่วางไว้เพียงกว้างๆ ประกอบกับหลักการกระจายอำนาจที่มีอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาตามที่กล่าวมาแล้ว ทำให้กฎส่วนใหญ่ที่ตราโดย Independent Regulatory Agency จึงเกิดจากแนวทางการปฏิบัติมากกว่าเกิดจากการอ้างอิงตามอำนาจที่รับมาตามกฎหมาย และเมื่อนำหลักการกระจายอำนาจในการตรากฎของ Independent Regulatory Agency ของประเทศสหรัฐอเมริกามาเปรียบเทียบกับประเทศในแถบยุโรปจะเห็นความแตกต่างที่ชัดเจน คือ Independent Regulatory Agency ของประเทศฝรั่งเศสจะเป็นการใช้อำนาจในการตรากฎระดับรอง กล่าวคือ การตรากฎขององค์กรอิสระของประเทศฝรั่งเศสจะถูกจำกัดโดยอำนาจการตรากฎของรัฐบาลหรือต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรี แต่ของประเทศสหรัฐอเมริกาจะเป็นการใช้อำนาจในการตรากฎระดับแรก กล่าวคือ แม้ว่าฝ่ายบริหารจะมีส่วนในการออกกฎ แต่ประธานาธิบดีของอเมริกาก็ไม่มีสิทธิเข้าไปแทรกแซงการออกกฎของ Independent Regulatory Agency ดังนั้น จะเห็นได้ว่า Independent Regulatory Agency ในประเทศสหรัฐอเมริกามีอำนาจในการตรากฎของตนเองที่ชัดเจนกว่าประเทศฝรั่งเศส

อย่างไรก็ตาม การตรากฎของ Independent Regulatory Agency ในประเทศสหรัฐอเมริกา สภาองเกรสอาจใช้สิทธิในการคัดค้าน (Veto) มติใดๆ ของ Independent Regulatory Agency และสามารถลงมติเพิกถอนกฎที่ตราขึ้นโดย Independent Regulatory Agency ก่อนที่กฎนั้นจะมีผลบังคับใช้ได้ ซึ่งลักษณะดังกล่าวมีส่วนคล้ายคลึงกับการจำกัดอำนาจโดยรัฐมนตรีเหมือนกับประเทศอื่นๆ เช่น ประเทศฝรั่งเศส และเหมือนเป็นการจำกัดอำนาจในการตรากฎของ Independent Regulatory Agency ให้น้อยลงด้วย แต่หากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าการจำกัดอำนาจในการตรากฎโดยสภาองเกรสแตกต่างกับรัฐมนตรี เนื่องจากการใช้สิทธิคัดค้าน (Veto) โดยสภาองเกรส ถือว่าเป็นการใช้อำนาจในการตรากฎของสภาองเกรสใน

²⁷ Dominique Custos, "The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies", pp.4-8.

ลักษณะทางอ้อม ในขณะที่การตรากฎที่ต้องได้รับการอนุมัติจากรัฐมนตรีนั้น ถือว่ายังคงอยู่ในการควบคุมของฝ่ายบริหาร เพราะฉะนั้นตามหลักการแล้ว Independent Regulatory Agency ในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของประธานาธิบดีซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร

(1) กระบวนการในการตรากฎ

ก่อนหน้าปี ค.ศ. 1946 ไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดถึงขั้นตอนในการกระทำทางปกครองอย่างชัดเจน ซึ่งขั้นตอนในการตรากฎส่วนใหญ่เกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษา ต่อมากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Administrative Procedure Act : APA) ได้เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1946 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อวางกรอบเกี่ยวกับขั้นตอนในการกระทำทางปกครอง เพื่อป้องกันการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่ง APA ได้กำหนดขั้นตอนให้ใช้กับองค์กรทั่วไปไม่ได้เจาะจงถึงเรื่องการตรากฎของ Independent Regulatory Agency โดยเฉพาะ ทั้งนี้ ภายใต้ APA ที่กำหนดไว้นั้นความแตกต่างของกระบวนการตรากฎไม่ได้ขึ้นอยู่กับองค์กรผู้ตรากฎ แต่ขึ้นอยู่กับประเภทของกฎที่จะประกาศใช้ ซึ่งแยกเป็นการตรากฎแบบเป็นทางการ (Formal Rulemaking) และการตรากฎแบบไม่เป็นทางการ (Informal Rulemaking)

การตรากฎแบบไม่เป็นทางการถือเป็นรูปแบบพื้นฐานที่นำมาใช้โดยทั่วไป ซึ่งมี 3 ขั้นตอน คือ การแจ้งให้ทราบล่วงหน้า (notice) การรับฟังความคิดเห็น (comment) และการประกาศใช้ต่อสาธารณชน (publication) ซึ่งถือเป็นนวัตกรรมใหม่ที่ทยอยเข้ามาในการปกครองสมัยใหม่ โดยแยกพิจารณาได้ ดังนี้

(ก) การแจ้งให้ทราบ (notice) มีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร โดยองค์กรที่มีความต้องการที่จะตรากฎ เป็นผู้มีหน้าที่แจ้งต่อประชาชนทั่วไประบุว่าองค์กรมีความต้องการจะตรากฎโดยทำเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายที่ให้อำนาจในการตรากฎและเนื้อหาของกฎที่กำลังจะตราขึ้น ขั้นตอนนี้ทำให้การตรากฎของประเทศสหรัฐอเมริกาเริ่มต้นด้วยความโปร่งใส แม้ว่า APA จะไม่ได้บัญญัติกระบวนการใดก่อนหน้าที่จะมีหนังสือแจ้งให้ทราบ ทั้งนี้ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1990 การตรากฎขององค์กรยังมีความโปร่งใสมากขึ้นโดยนำเทคโนโลยีใหม่ๆ เข้ามาประยุกต์ใช้ในรูปแบบของการตรากฎทางอิเล็กทรอนิกส์ (e-rulemaking)

(ข) การรับฟังความคิดเห็น (comment) กล่าวคือ เป็นขั้นตอนที่เปิดโอกาสให้ประชาชนส่งความคิดเห็นเป็นหนังสือให้องค์กรที่ตรากฎนั้นๆ ได้ ซึ่งขั้นตอนนี้แสดงให้เห็นถึงการมีส่วนร่วมของประชาชนในการตรากฎแบบไม่เป็นทางการของประเทศสหรัฐอเมริกา และทำให้ลดความรู้สึกว่าการตรากฎนี้เป็นคำสั่ง ซึ่งในขั้นตอนการรับฟังความคิดเห็นนี้เป็นเหมือนการ

ถกเถียงกันในสภาแต่ไม่ต้องใช้คำพูด โดยบุคคลที่จะมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นอย่างมาก ได้แก่ กลุ่มอุตสาหกรรมที่ได้รับผลกระทบ และกลุ่มผลประโยชน์อื่นๆ

(ค) การตัดสินใจและประกาศใช้ต่อสาธารณชน (publication) ในขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนที่ใช้เวลานาน เนื่องจากต้องมีการพิจารณาโดยละเอียดถี่ถ้วน โดยองค์กรที่มีความต้องการจะตรากฎนั้น จะต้องเป็นผู้ที่ตีพิมพ์หนังสือที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับกฎ วัตถุประสงค์ และหลักการเหตุผลทางกฎหมายที่ใช้ในการตราให้มีเนื้อหาที่กระชับเพื่อใช้ในการพิจารณาด้วย ทั้งนี้ เนื้อหาในหนังสือดังกล่าวอาจยาวหลายหน้า เนื่องจากองค์กรที่ตรากฎต้องบอกถึงเหตุผลในการที่จะต้องตรากฎนั้น และความคิดเห็นในเชิงคัดค้านที่สำคัญที่ได้จากการสอบถามด้วย

แม้ว่า APA จะวางขั้นตอนการตรากฎแบบไม่เป็นทางการไว้ แต่ก็ใช้ภาษาที่ยืดหยุ่นทำให้องค์กรนำไปประยุกต์ใช้ได้ตามความเหมาะสม ด้วยเหตุนี้จึงเรียกว่า การตรากฎแบบไม่เป็นทางการ ในทางตรงกันข้ามการตรากฎแบบเป็นทางการนั้น ภาษาที่ใช้บัญญัติจะชัดเจนแน่นอนไม่ยืดหยุ่นและมีการยืมรูปแบบหลายอย่างของกระบวนการทางศาลมาใช้ จึงถูกเรียกว่า การตรากฎแบบเป็นทางการ กล่าวคือ แทนที่จะใช้วิธีรับฟังความคิดเห็นและตัดสินใจดังที่กล่าวมาข้างต้น แต่กลับมาใช้ในการนั่งพิจารณา (Hearing) เหมือนในชั้นศาล ซึ่งผู้พิจารณาตามกฎหมายปกครองหรือคณะกรรมการที่พิจารณาจะได้รับการดูแลโดยองค์กรผู้ตรากฎ เพื่อให้มั่นใจว่าบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นผู้ตัดสินจะเป็นกลางและอิสระ กรณีบุคคลดังกล่าวเป็นลูกจ้างขององค์กรจะถูกกันออกจากบุคลากรอื่นๆ และได้รับการประกันเรื่องอาชีพการงาน

นอกเหนือจากหลักฐานที่เป็นเอกสารแล้ว คู่ความแต่ละฝ่ายก็ต้องมีการสอบถามและมีการถามค้านเพื่อพิสูจน์ว่าสิ่งที่บอกมานั้นเป็นความจริง ในระหว่างการนั่งพิจารณาจะมีการบันทึกไว้เพื่อนำไปตรากฎในขั้นตอนสุดท้าย โดยเจ้าหน้าที่ที่มีส่วนร่วมในการพิจารณาหรือตัดสินใจในการตรากฎจะถูกห้ามไม่ให้ไปติดต่อกับบุคคลภายนอกโดยเด็ดขาด ดังนั้น การตรากฎแบบเป็นทางการนั้น ถือว่าเป็นกระบวนการทางวาจา ซึ่งมีข้อยกเว้นให้ใช้เอกสารได้ในบางกรณีที่จำเป็นเท่านั้น

การตรากฎแบบเป็นทางการจะถูกใช้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติบังคับไว้โดยชัดเจนตามกฎหมายที่สภาคองเกรสกำหนดไว้ เช่น การกำหนดอัตราค่าต้องดำเนินการตามกระบวนการตรากฎแบบเป็นทางการเท่านั้น กล่าวคือ ด้วยเหตุที่การตรากฎแบบเป็นทางการมีความยุ่งยากและไม่สะดวกทำให้องค์กรต่างๆ พยายามที่จะหลีกเลี่ยงหากมีช่องทางหรือข้อสนับสนุนที่จะไม่ใช้การตรากฎแบบเป็นทางการ

เริ่มต้นในปี ค.ศ.1966 นอกจาก APA แล้ว ได้มีการบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติม ซึ่งนำมาใช้กับทุกองค์กรในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกฎหมายที่บัญญัติเพิ่มเติมนี้มีส่วนช่วยในการตรากฎให้มีความโปร่งใสและการบริหารมีความคุ้มค่ามากขึ้น ซึ่งเป้าหมายแรกของการบัญญัติกฎหมายใหม่นั้นเพื่อบังคับให้ Independent Regulatory Agency มีการเก็บบันทึกเพื่อให้ประชาชนทั่วไปได้รับรู้ข้อมูลตามสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารที่ประชาชนพึงมี และเป้าหมายที่สองเพื่อให้ Independent Regulatory Agency ต้องกระทำตามกระบวนการเฉพาะบางอย่าง เมื่อ Independent Regulatory Agency ต้องการคำแนะนำ ซึ่งกำหนดให้ต้องจัดทำข้อมูลเป็นเอกสารตามที่กำหนดไว้โดยกฎหมายของ Independent Regulatory Agency เอง อย่างไรก็ตาม The Sunshine Act of 1976 เป็นบทบัญญัติเพิ่มเติม ที่มีผลกระทบต่อกระบวนการตรากฎขององค์กรที่มีผู้บริหารในรูปของคณะกรรมการ คือ บังคับให้องค์กรที่มีผู้บริหารในรูปของคณะกรรมการต้องจัดประชุมที่เปิดเผยต่อสาธารณชน ดังนั้น The Sunshine Act of 1976 จึงเพิ่มระดับของความเปิดเผยและความโปร่งใสในการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการตรากฎของ Independent Regulatory Agency แต่องค์กรที่มีผู้บริหารในรูปของคณะกรรมการมีความพยายามลดการประชุมแบบเปิดเผยตามที่กฎหมายบังคับให้เหลือน้อยที่สุด ซึ่งแสดงให้เห็นถึงปฏิกิริยาของคณะกรรมการที่ไม่เต็มใจที่จะปฏิบัติตาม ทั้งนี้ บทบัญญัติที่เพิ่มเติมขึ้นมาทั้งหลายมีผลต่อการส่งเสริมความเป็นประชาธิปไตยมากขึ้น และทำให้การกระทำทางปกครองมีความสมเหตุสมผลมากขึ้นด้วย ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งยิ่งใหญ่ที่มีผลกระทบต่อกระบวนการของผู้ตรากฎอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ มีผลกระทบทั้ง Independent Regulatory Agency และองค์กรบริหาร ซึ่งความเป็นอิสระไม่ได้ทำให้ Independent Regulatory Agency รอดพ้นจากภาวะและความเข้มงวดของกฎหมายดังกล่าวไปได้

(2) การเปรียบเทียบอำนาจการตรากฎกับอำนาจวินิจฉัยสั่งการ (Adjudicatory Power)

ในทางปฏิบัติองค์กรต่างๆ มีอำนาจในการตรากฎตั้งแต่ปี ค.ศ.1789 แต่องค์กรเหล่านี้มักเลือกใช้กระบวนการวินิจฉัยสั่งการมาใช้เพื่อให้บรรลุตามนโยบายเรื่อยมา ซึ่งรูปแบบของ Independent Regulatory Agency ถูกออกแบบมาให้ทำงานโดยใช้อำนาจการวินิจฉัยสั่งการอยู่แล้ว จนกระทั่งปี ค.ศ.1970 การตรากฎเริ่มเป็นเครื่องมือที่นิยมใช้ในการกำกับดูแล เนื่องจากการได้รับการสนับสนุนอย่างมากจากนักวิชาการ ผู้พิพากษา นักวิจารณ์ ซึ่งเห็นว่าการตรากฎดีกว่าการวินิจฉัยสั่งการและกระตุ้นให้องค์กรต่างๆ นำเรื่องการตรากฎมาใช้อย่างเป็นระบบ ซึ่งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมีผลกระทบต่อองค์กรทั้งหมด และการเปลี่ยนแปลงเช่นนี้มีรากฐานมาจาก

การตระหนักถึงเรื่องความยุติธรรมและประสิทธิภาพที่ดีกว่าของการตรากฎ อย่างไรก็ตามการที่ Independent Regulatory Agency มีบทบาทในฐานะเป็นผู้ตรากฎมากขึ้น ก่อให้เกิดปัญหากับการตรากฎของส่วนกลางที่ตราขึ้นโดยประธานาธิบดี

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 551(7) ของ APA ได้ให้คำนิยามเกี่ยวกับการวินิจฉัยสั่งการว่าเป็นกระบวนการขององค์กรที่จะสร้างคำสั่ง (Order) ซึ่งตามมาตรา 551(6) ของ APA ได้ให้คำนิยามเกี่ยวกับคำสั่ง (Order) ด้วยว่า ทั้งหมดหรือบางส่วนของคำบังคับใดที่ออกจากองค์กร ซึ่งเป็นเรื่องอื่นที่ไม่เกี่ยวกับการตรากฎ ทั้งนี้ คำสั่ง (Order) อาจเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์ เช่น จะให้รางวัลหรือใบอนุญาต หรืออาจเป็นคำสั่งที่เสียประโยชน์ เช่น การลงโทษหรือการปฏิเสธคำร้อง APA ได้แยกกระบวนการเกี่ยวกับการวินิจฉัยสั่งการ ออกเป็นแบบเป็นทางการ และแบบไม่เป็นทางการ และเมื่อนำมาพิจารณาเปรียบกับการตรากฎแล้ว จะเห็นได้ว่า การตรากฎแบบไม่เป็นทางการแตกต่างจากการวินิจฉัยสั่งการแบบเป็นทางการ แต่ว่าการตรากฎแบบเป็นทางการ เหมือนกับการวินิจฉัยสั่งการแบบเป็นทางการ ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงจากการใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการเป็นอำนาจการตรากฎตามที่กล่าวมา ถือเป็นการนำเอาการตรากฎแบบไม่เป็นทางการมาแทนการตรากฎแบบเป็นทางการนั่นเอง

APA ไม่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการวินิจฉัยสั่งการแบบไม่เป็นทางการมากนัก แต่จะกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการวินิจฉัยสั่งการที่สำคัญบางส่วนไว้ กล่าวคือ เมื่อหน่วยงานจะปฏิเสธคำร้องขอ องค์กรนั้นมีสิ่งที่ต้องทำ 2 ประการ คือ แจ้งการปฏิเสธดังกล่าวเป็นหนังสือ และต้องแจ้งเหตุผลแบบสั้นๆ เป็นหนังสือด้วย ดังนั้นคู่กรณีจึงยึด The Due Process Clause มาเติมเต็มให้กับกระบวนการที่ขาดหายไป ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับการวินิจฉัยสั่งการแบบเป็นทางการแล้ว APA กำหนดรายละเอียดไว้อย่างชัดเจน โดยมีลักษณะเหมือนการไต่สวนในชั้นศาล ซึ่งการวินิจฉัยสั่งการแบบเป็นทางการแตกต่างกับการตรากฎแบบไม่เป็นทางการ แต่มีความเหมือนกับการตรากฎแบบเป็นทางการตามที่กล่าวมาแล้ว เมื่อมีพระราชบัญญัติกำหนดให้ใช้อำนาจการวินิจฉัยสั่งการได้ แต่ไม่ได้กำหนดว่าต้องปฏิบัติตามแบบใด Independent Regulatory Agency ต้องใช้อำนาจการวินิจฉัยสั่งการแบบเป็นทางการในทุกกรณี ซึ่งกระบวนการดังกล่าวจะต้องสามารถนำมาเปิดเผยได้ภายหลังจากการนั่งพิจารณาแล้ว โดยมีขั้นตอนที่สำคัญ คือ การนั่งพิจารณาโดยผู้พิจารณาตามกฎหมายปกครองหรือคณะกรรมการ Independent Regulatory Agency ทำหน้าที่เหมือนศาล และคู่ความสามารถโต้แย้งการไต่สวนได้เหมือนขั้นตอนในการพิจารณาชั้นศาล ทั้งนี้ เพื่อก่อให้เกิดการแยกหน้าที่กันทำและต้องมีกระบวนการเปิดเผยสามารถตรวจสอบได้

หลักประกันที่สำคัญเพื่อให้มั่นใจว่าบุคคลที่มีหน้าที่ตัดสินใจสาธารณะจากองค์กร กำหนดไว้ในมาตรา 554 (d) (2) ซึ่งแยกเป็น 2 อย่าง คือ ประการแรกเจ้าหน้าที่ซึ่งทำหน้าที่เป็นประธานในการรับฟังพยานหลักฐานจะต้องเป็นบุคคลที่ไม่อยู่ภายใต้การดูแลและสั่งการของลูกจ้างหรือเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานที่ถูกสอบสวนหรือฟ้องร้องในเรื่องนั้นๆ ประการที่สองบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการสอบสวนหรือฟ้องร้องนั้น ห้ามไปมีส่วนร่วมหรือให้คำแนะนำการวินิจฉัยก่อนที่องค์กรจะมีคำสั่งออกมา ยกเว้น เป็นการให้การในฐานะพยานหรือที่ปรึกษาในกระบวนการที่กระทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณะ (Public Proceeding) เท่านั้น

กระบวนการซับซ้อนที่กล่าวมานั้น ไม่สามารถนำมาประยุกต์กับการวินิจฉัยสั่งการแบบเป็นทางการในทุกกรณีได้ ซึ่งนอกจากรูปแบบทั่วไปเกี่ยวกับการวินิจฉัยสั่งการแล้วใน APA ยังมีรูปแบบการวินิจฉัยสั่งการอีก 2 รูปแบบ กล่าวคือ กระบวนการพิจารณาคำร้องขออาจผ่อนปรนมากขึ้น ในกรณีออกใบอนุญาตหรือการพิจารณาคำร้องเกี่ยวกับการเงินหรือผลประโยชน์ ในทางกลับกัน APA จะเข้มงวดมากขึ้นในกรณีเพิกถอนใบอนุญาต ลักษณะของกระบวนการที่ให้มีการต่อสู้กันอย่างเต็มที่ โดยการกำหนดหลักประกันให้ต้องแจ้งการปฏิเสธและเหตุผลเป็นหนังสือ จึงเป็นเรื่องที่ถูกต้องและเป็นธรรมสำหรับคู่ความที่ถูกกล่าวหา เพราะทำให้คู่ความดังกล่าวสามารถตรวจสอบเอกสารเกี่ยวกับข้อเท็จจริงของคดี และเปิดโอกาสให้แสดงหลักฐานว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขกฎหมายที่บัญญัติไว้ครบถ้วนแล้ว

(3) ลำดับชั้นของกฎ

มีข้อสังเกตเกี่ยวกับกฎของ Independent Regulatory Agency 3 ประการ คือ

(ก) กฎที่ตราโดย Independent Regulatory Agency เมื่อเทียบกับกฎหมายที่ออกโดยสภาองเกรสแล้ว กฎของ Independent Regulatory Agency จะอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่ากฎหมายขององเกรส โดยกฎของ Independent Regulatory Agency จะต้องสอดคล้องกับพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งรัฐธรรมนูญและคำพิพากษา (Case-law) ด้วย

(ข) เนื่องจาก Independent Regulatory Agency ไม่ได้มีโครงสร้างอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐบาล กฎต่างๆ ที่ตราโดยองค์กรของรัฐที่อิสระจึงไม่มีลำดับชั้นต่อกัน ซึ่งความสอดคล้องของกฎที่ตราโดย Independent Regulatory Agency เกิดจากความเต็มใจของ Independent Regulatory Agency ต่างๆ ที่ให้ความร่วมมือกัน

(ค) ประเด็นเรื่องผลบังคับใช้ของกฎที่ตราโดย Independent Regulatory Agency เมื่อเปรียบเทียบกับคำสั่งทางบริหารที่ออกโดยอำนาจประธานาธิบดียังเป็นปัญหาที่ถกเถียงกันอยู่ กล่าวคือ ตามแนวความคิดแรกเห็นว่า Independent Regulatory Agency มีความเป็นอิสระใน

การดำเนินงานที่แตกต่างจากองค์กรของรัฐอื่นๆ ดังนั้น กฎที่ตราขึ้นโดย Independent Regulatory Agency จึงมีผลบังคับใช้ได้ทันทีโดยไม่จำเป็นต้องได้ผ่านการเห็นชอบหรือประกาศโดยประธานาธิบดี อย่างไรก็ตามอีกแนวความคิดหนึ่งเห็นว่า ประธานาธิบดีควรมีอำนาจที่ครอบคลุมทั้งองค์กรบริหารและ Independent Regulatory Agency ด้วย โดยเห็นยกตัวอย่างการมีอำนาจเด็ดขาดของประธานาธิบดีในสภาวะสงครามหรือสถานการณ์เฉพาะอื่นๆ ขึ้นมาหักล้างแนวความคิดแรกซึ่งถูกมองว่ายังไม่มีเหตุผลเพียงพอ

3.1.4.5 การควบคุมอำนาจในการตรวจของ Independent Regulatory Agency (IRA)²⁸

ความเป็นอิสระของ Independent Regulatory Agency (IRA) อาจถูกจำกัดโดยอิทธิพลทางการเมือง โดยภาคอุตสาหกรรม และโดยฝ่ายตุลาการ ดังต่อไปนี้

(1) การควบคุมโดยฝ่ายประธานาธิบดีและรัฐสภา

สภาองเกรสและประธานาธิบดีสามารถใช้กลไกทางการเมืองการปกครองในการกำกับดูแล Independent Regulatory Agency ได้ ซึ่งเป็นหลักเดียวกันกับที่ใช้ในการกำกับดูแลองค์กรบริหารของรัฐต่างๆ ความพยายามของสภาองเกรสในการมีอิทธิพลต่อ Independent Regulatory Agency มาจากสาเหตุที่ว่า Independent Regulatory Agency มีอำนาจในการตรวจ ซึ่งเป็นอำนาจที่ใช้ในการเผชิญหน้ากับประธานาธิบดี วิธีการควบคุมตรวจสอบ Independent Regulatory Agency ของสภาองเกรสมีหลายรูปแบบ เช่น การมีส่วนร่วมในการกระบวนการแต่งตั้งคณะกรรมการของ Independent Regulatory Agency โดยประธานาธิบดีจะปรึกษาวุฒิสภาก่อนเสนอชื่อบุคคลเข้าดำรงตำแหน่ง และสภาองเกรสยังเป็นผู้ให้ความเห็นชอบในรายชื่อที่เสนอโดยประธานาธิบดีด้วย กรณีเหล่านี้ล้วนมีผลต่อทิศทางของ Independent Regulatory Agency อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และแม้จะผ่านกระบวนการแต่งตั้งคณะกรรมการไปแล้ว สภาองเกรสก็ยังสามารถกำกับดูแล Independent Regulatory Agency ได้โดยวิธีการต่างๆ เช่น การลดขอบเขตอำนาจหรือยกเลิกอำนาจในการตรวจต่างๆ ของ Independent Regulatory Agency

การจัดสรรงบประมาณรายจ่ายประจำปีซึ่งเป็นอำนาจของสภาองเกรสนั้น เป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้องค์กรต่างๆ ต้องชี้แจงเหตุผลในการขอประมาณในแต่ละปี ซึ่งตรงจุดนี้สภาองเกรสอาจตั้งข้อห้ามหรือมีคำสั่งใดๆ ประกอบการพิจารณาอนุมัติรายจ่ายประจำปีนั้นๆ ได้

²⁸ Ibid., pp.8-12.

การกำกับดูแลการตรากฎโดยเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองนั้น สภาคองเกรสนิยมใช้วิธีการคัดค้าน (Veto) โดยผ่านการลงมติเพื่อเพิกถอนกฎใดๆ ไม่ให้มีผลบังคับใช้ได้ ในปี ค.ศ.1996 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติตรวจสอบกฎหมายโดยสภาคองเกรส (Congressional Review Act) ซึ่งมีสาระสำคัญในการกำหนดให้ทุกองค์การจะต้องส่งกฎที่จะตราขึ้นให้สภาคองเกรสตรวจสอบก่อน พร้อมกับให้มีการวิเคราะห์ต้นทุนและประโยชน์ที่จะได้รับของกฎนั้นๆ ด้วย ซึ่งถือเป็นอีกกระบวนการหนึ่งที่เป็นการต่อยอดจาก APA ซึ่งมีอยู่ก่อนแล้ว

วิธีการสุดท้าย คือ การสอบสวนซึ่งสภาคองเกรสสามารถตั้งคณะกรรมการขึ้นตรวจสอบเรื่องใดๆ ของ Independent Regulatory Agency ได้ หรือแม้แต่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาเป็นรายบุคคลก็สามารถตรวจสอบการทำงานของ Independent Regulatory Agency ผ่านกลไกการประชุมในสภาหรือการสอบถามเป็นหนังสือก็ได้

แม้ว่าอำนาจในการควบคุมดูแล Independent Regulatory Agency ของประธานาธิบดียังไม่มีความแน่นอนและเป็นที่ยกเถียงกันอยู่ แต่ในปฏิบัติประธานาธิบดีสามารถเข้ามาตรวจสอบ Independent Regulatory Agency ได้หลายกรณี โดยเฉพาะในด้านการตรากฎขององค์กรดังกล่าว ได้แก่ ประการแรก ประธานาธิบดีเป็นผู้เสนอชื่อคณะกรรมการของ Independent Regulatory Agency เพื่อเข้าสู่กระบวนการแต่งตั้ง ทำให้ประธานาธิบดีมีโอกาที่จะเลือกคนที่มีแนวคิดการดำเนินงานสอดคล้องกับตนเองได้ ประการที่สอง Independent Regulatory Agency ไม่มีอำนาจในการฟ้องร้องดำเนินคดีได้ด้วยตัวเอง แต่ต้องผ่านอัยการสูงสุดซึ่งสังกัดกระทรวงยุติธรรมอันเป็นฝ่ายบริการนั่นเอง และประการสุดท้าย ข้อเสนอในการของบประมาณของ Independent Regulatory Agency ต้องผ่านการกลั่นกรองจากสำนักงานงบประมาณและการบริหารจัดการ ซึ่งเป็นหน่วยงานหนึ่งของฝ่ายบริหารก่อนที่จะเสนอเข้าสู่สภาคองเกรส โดยหน่วยงานดังกล่าวมีอำนาจในการรับรอง ให้แก้ไข หรือไม่รับข้อเสนอดังกล่าวในรูปแบบของคำสั่งประธานาธิบดีได้

จากที่กล่าวมาทำให้เห็นได้ว่า ประเด็นเรื่องความเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารของ Independent Regulatory Agency ยังไม่ชัดเจนมากนัก ถึงแม้ว่าโดยหลักการ Independent Regulatory Agency จะมีอิสระจากอำนาจประธานาธิบดีในการตรากฎต่างๆ แต่ประธานาธิบดีก็มีวิธีการในการควบคุมดูแลบางประการตามที่ได้กล่าวไปแล้ว สิ่งเหล่านี้ทำให้ Independent Regulatory Agency มีสถานภาพที่ยังไม่มั่นคงมากนักในระบอบการปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา แม้จะได้รับการรับรองจากศาลถึงหลักการรับรองอำนาจในการตราฎกก็ตาม

(2) การควบคุมโดยภาคอุตสาหกรรมที่อยู่ในกำกับดูแล

ภาคอุตสาหกรรมที่ถูกควบคุมโดย Independent Regulatory Agency ได้ ย่อมมีอิทธิพลต่อการดำเนินการของ Independent Regulatory Agency นั้น ปรากฏการณ์เช่นนี้เป็นทั้งลักษณะตามธรรมชาติที่ย่อมเกิดขึ้นและเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงได้ยาก นอกจากนี้ สมาคมอาชีพต่างๆ และกลุ่มผลประโยชน์ที่มีมากมายก็มีส่วนการควบคุมการทำงานของ Independent Regulatory Agency ทั้งทางตรงและทางอ้อมด้วย ซึ่งกระบวนการหนึ่งที่ยืนยันได้ คือ กระบวนการตรากฎแบบไม่เป็นทางการตามที่กล่าวมาแล้ว ได้เปิดโอกาสให้กลุ่มต่างๆ เข้ามามีส่วนร่วมในการตรากฎโดยผ่านการแสดงความคิดเห็นต่างๆ เป็นต้น

(3) การควบคุมโดยฝ่ายตุลาการ

Independent Regulatory Agency ต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการตามหลักนิติรัฐ (the rule of law) อย่างไรก็ดีตามยังมีความล้มเหลวในการวางมาตรฐานเกี่ยวกับการเข้าไปแทรกแซงเพื่อตรวจสอบโดยศาล ซึ่งจะส่งผลถึงความเป็นอิสระและความสัมพันธ์ที่มีต่อประธานาธิบดีของ Independent Regulatory Agency กล่าวคือ องค์กรทั้งสองมีความสัมพันธ์กับฝ่ายตุลาการที่เท่ากันโดยไม่ได้คำนึงถึงตำแหน่งสถานะทางโครงสร้างของฝ่ายบริหาร ความเป็นอิสระในการบริหารงานขององค์กรจึงไม่เป็นที่รับประกันว่าองค์กรนั้นจะต้องถูกตรวจสอบโดยศาลด้วยวิธีการเฉพาะในส่วนใดส่วนหนึ่ง ทั้งนี้ การที่องค์กรทั้งสองประเภทมีหน้าที่ที่คล้ายคลึงกันจึงไม่นำความอิสระมาพิจารณาในการตรวจสอบโดยศาลน่าจะเป็นสิ่งที่สมเหตุสมผลแล้ว

3.2 Quasi-government ในระบบกฎหมายอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ เนื่องจากประเทศอังกฤษมีกฎหมายรัฐธรรมนูญประเภทที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten constitution) จึงไม่มีหลักเรื่องความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Suprematie de la constitution) เหมือนกับประเทศที่ใช้ระบบรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ทำให้ไม่มีระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Controle de la constitutionnalite) ซึ่งทำให้ไม่มีปัญหาในเรื่องการสถาปนาหรือการมีอยู่ของ Quasi-government ว่าจะขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ และหลักที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภาหรือที่เรียกว่า อำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Parliamentary Sovereignty) ทำให้รัฐสภาของอังกฤษสามารถตรากฎหมายได้อย่างแทบจะไม่มีข้อจำกัด นอกจากนี้ระบบการปกครองส่วนท้องถิ่นของอังกฤษ (Local government) นั้นมีลักษณะพิเศษที่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น (Collectivities locales) มี

บทบาทในการจัดทำบริการสาธารณะค่อนข้างมากทั้งทางตรงและทางอ้อม ทำให้ราชการบริหารส่วนกลาง (Administration centrale) ทำหน้าที่เพียงในเรื่องที่เกี่ยวกับการบริหารทั่วไป การกำกับดูแล การจัดทำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างกฎระเบียบต่างๆ เท่านั้น ดังนั้นประเทศอังกฤษจึงพัฒนาองค์กรอิสระหรือที่เรียกว่า Quasi-government ได้มากและค่อนข้างหลากหลาย ซึ่งความหลากหลายขององค์กรเหล่านี้ทำให้ยากในการให้คำนิยามในทางกฎหมายที่จะสามารถครอบคลุมถึงองค์กรอิสระเหล่านี้ได้อย่างทั่วถึง²⁹ ในเอกสารของทางการอังกฤษที่แสดงโครงสร้าง (Chart) ราชการบริหารส่วนกลาง ก็กล่าวถึงองค์กรเหล่านี้เพียงว่า เป็น “องค์กรที่ถูกจัดตั้งโดยองค์กรที่มีอำนาจ ทั้งนี้เพื่อปฏิบัติภารกิจหน้าที่อย่างอิสระโดยไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรี” ซึ่งตามปกติแล้วจะเป็นการสถาปนาโดยพระราชบัญญัติ หรือโดยพระบรมราชโองการ หรือโดยคำสั่งของรัฐมนตรี³⁰

วิวัฒนาการการจัดตั้งองค์กรอิสระของประเทศไทยเป็นไปอย่างรวดเร็ว กล่าวคือ หลังจากที่ได้มีการนำเอาแนวคิดของ Independent Regulatory Agency ของประเทศสหรัฐอเมริกาเข้าไปปรับใช้เพื่อจัดตั้งองค์กรอิสระจำนวนประมาณสิบกว่าองค์กรในช่วงตอนต้นของศตวรรษที่ 20 ปรากฏว่าหกสิบปีให้หลัง คือปี ค.ศ. 1959 พบว่ามีองค์กรประเภทนี้อยู่ไม่ต่ำกว่า 100 องค์กร ช่วงระยะเวลาที่องค์กร Quasi Government หรือ Quangos ของอังกฤษเพิ่มมากที่สุดคือช่วงทศวรรษ 1970 โดยเฉพาะอย่างยิ่งช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1974-1979 อันเป็นช่วงที่พรรค Labour ได้รับชัยชนะในการเลือกตั้งทั่วไปและมีโอกาสจัดตั้งรัฐบาล ปรากฏว่ามีองค์กร Quasi-government อยู่ถึง 252 องค์กร และมีผู้ทำงานอยู่ในองค์กรเหล่านี้รวมกันแล้วประมาณ 184,000 คน ซึ่งต่อมามีการแต่งตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งขึ้นมาเพื่อทำการศึกษาและสำรวจองค์กรเหล่านี้ เนื่องจากเห็นว่าองค์กร Quasi-government มีจำนวนมากเกินไปและอาจจะมีบางองค์กรที่ไม่มี ความจำเป็นจะต้องดำรงอยู่ในสถานะที่เป็นอิสระเช่นเดิมแล้ว จากการศึกษาและรายงานของ คณะกรรมการดังกล่าว ทำให้ทราบว่าบรรดาองค์กร Quasi-government ทั้งหมดของประเทศ อังกฤษที่จัดตั้งขึ้นมาส่วนใหญ่เป็นองค์กรประเภทให้คำปรึกษาหารือ (Consultative body) ซึ่งมีจำนวนมากถึง 1561 องค์กร รองลงมาเป็นองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการซึ่งมีจำนวน 489 องค์กร สำหรับในแง่ของกิจการหรือภารกิจหน้าที่ที่องค์กรเหล่านี้ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการนั้นก็

²⁹ วิษณุ วรรณุญ, “องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ”, รายงานการวิจัยเพื่อจัดทำข้อเสนอการปฏิรูปการเมืองไทย เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (คพป.), (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2538) น.21.

³⁰ เพิ่งอ้าง, น.21-22.

ครอบคลุมค่อนข้างกว้างขวาง เช่น การสอบสวนหาข้อเท็จจริง การควบคุม การวางระเบียบการ ดำเนินการกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือการประกอบธุรกิจบางสาขาที่มีความสำคัญ การจัดสรรเงิน ของรัฐและทรัพยากรสาธารณะบางประเภท การควบคุมการใช้จ่ายเงินอุดหนุนของรัฐ ตลอดจน กระทั่งการวางระเบียบและการดูแลการรับรองวิทยะฐานะของปริญญาบัตรหรือประกาศนียบัตร³¹ เช่น องค์การ The Monopolies and Mergers Commission และองค์การ The Office of Fair Trade มีอำนาจหน้าที่ดูแลเรื่องการแข่งขันทางการค้าอย่างเป็นธรรม ส่วนองค์การที่ดูแลกิจกรรมทางด้านที่ เกี่ยวกับการให้บริการทางด้านสาธารณูปโภค เช่น องค์การ OFTEL เป็นองค์การที่ดูแลด้านกิจการ โทรคมนาคม องค์การ OFGAS เป็นองค์การที่ดูแลทางด้านก๊าซ องค์การ OFWAT เป็นองค์การที่ดูแล ทางด้านน้ำ องค์การ OFFAR เป็นองค์การที่ดูแลทางด้านไฟฟ้า เป็นต้น องค์การ Quasi-government ที่ดูแล วางระเบียบ และควบคุมกิจการทางด้านวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์นั้น ชื่อว่า Independent Television Authority หรือ ITA ซึ่งต่อมาได้มีการปรับปรุงใหม่เป็น Independent Broadcasting Authority หรือ IBA และต่อมากมีการปรับปรุงโดยแยกเป็นสององค์การ คือ Independent Television Commission เพื่อดูแลกิจการวิทยุโทรทัศน์ และ Radio Authority เพื่อ ดูแลกิจการวิทยุกระจายเสียง นอกจากนั้นยังมีการตั้งองค์การ Quasi-government อีกองค์การหนึ่ง เพื่อดูแลทางด้านมาตรฐานของรายการ คือ Broadcasting Standard Council องค์การนี้มีอำนาจ ในการตรากฎหรือระเบียบเกี่ยวกับการดำเนินรายการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ด้วย ส่วน องค์การ Quasi-government ของอังกฤษที่ดูแลทางด้าน การจัดสรรเงินอุดหนุนจากรัฐ ให้แก่ กิจกรรมทางด้านการศึกษา การค้นคว้าวิจัย คือ องค์การ University Grants Committee รวมทั้ง สถาบันที่ดูแลทางด้านวิจัยซึ่งมีอยู่ 5 สถาบัน คือ สถาบันทางการแพทย์ สถาบันทางการเกษตร สถาบันวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี สถาบันสิ่งแวดล้อม และสถาบันทางเศรษฐศาสตร์และ สังคมศาสตร์ องค์การเหล่านี้เป็นอิสระจากรัฐบาลอย่างเต็มที่ สามารถกำหนดนโยบายในทาง วิชาการ หลักเกณฑ์และระเบียบการจัดสรรเงินทุนอุดหนุน สถานะความเป็นอิสระขององค์การ เหล่านี้มีความสำคัญมากต่อการพัฒนาการศึกษาและการสะสมภูมิความรู้ที่จะต้องเป็นไปตาม หลักการทางวิชาการอย่างแท้จริง³² เป็นต้น

³¹ เฟิงอ้าง, น.22-23.

³² เฟิงอ้าง, น.23-27.

3.3 Les Autorités Administratives Indépendantes ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

องค์กรประเภท Les Autorités Administratives Indépendantes (AAI) ในประเทศฝรั่งเศสมีปัญหาโต้แย้งทางกฎหมายเกี่ยวกับการสถาปนาองค์กรประเภทดังกล่าวมากที่สุด เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสจัดรูปของรัฐตามโครงสร้างแบบรัฐเดี่ยว มีรัฐเป็นนิติบุคคลในทางกฎหมายมหาชนที่ถืออำนาจสูงสุดและควบคุมองค์กรการปกครองอื่นตามลำดับชั้นลดหลั่นกันลงมา แม้ว่าฝรั่งเศสจะนำระบบการกระจายอำนาจมาใช้ทำให้มีนิติบุคคลอื่นที่ไม่อยู่ในการบังคับบัญชาโดยตรงของรัฐ เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Les collectivités territoriales) หรือ Etablissements publics แต่รัฐก็ยังมีอำนาจที่จะกำกับดูแลอยู่เหนือนิติบุคคลเหล่านี้ แนวความคิดที่จะมีองค์กรหนึ่งองค์กรใดสถาปนาขึ้นมาใช้อำนาจอยู่ภายในรัฐโดยที่ไม่มีสถานะเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือ Etablissements publics และก็เป็นอิสระไม่ขึ้นต่อสถาบันตามรัฐธรรมนูญใดๆ เลยจึงเป็นเรื่องที่ยากในการที่จะทำความเข้าใจหรือยอมรับการดำรงอยู่ของสถาบันเช่นนี้ได้

การสถาปนา Les Autorités Administratives Indépendantes (AAI) เกิดขึ้นโดยผ่านนิติบัญญัติซึ่งต่อมาก็ได้รับการรับรองโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat) และจากนักวิชาการ โดยรัฐสภาฝรั่งเศสได้นำเอาคำว่า Autorités Administratives Indépendantes มาใช้อย่างเป็นทางการครั้งแรกเพื่อกำหนดสถานะของคณะกรรมการแห่งชาติที่มีอำนาจหน้าที่ดูแลการนำคอมพิวเตอร์มาใช้ประมวลข้อมูลมิให้กระทบถึงสิทธิเสรีภาพของราษฎร (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés : CNIL) ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายฉบับลงวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 1978 องค์กรนี้เป็นองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระจากการบังคับบัญชาของรัฐบาลแต่มีอำนาจออกคำวินิจฉัยสั่งการในทางปกครองได้ ทั้งนี้ การสถาปนาองค์กร Autorités Administratives Indépendantes ด้วยการตรากฎหมายโดยรัฐสภาดังกล่าวมียุทธศาสตร์ที่เน้นเหมาะต่อการขัดต่อรัฐธรรมนูญอย่างมาก จึงได้มีการเสนอที่จะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อรับรององค์กรเหล่านี้เอาไว้ด้วย แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นกระบวนการที่ยุ่งยากซับซ้อนและใช้เวลานานมากกว่าจะเสร็จสิ้น ซึ่งในทางปฏิบัติศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสก็ได้ประกาศให้กฎหมายที่จัดตั้งองค์กร Autorités Administratives Indépendantes เหล่านี้ขัดกับรัฐธรรมนูญ ในทางตรงกันข้ามองค์กรบางองค์กรกฎหมายมิได้กำหนดสถานะไว้อย่างชัดเจนแต่เป็นองค์กรที่มีโครงสร้างและอำนาจหน้าที่แบบเดียวกับองค์กรที่กฎหมายระบุไว้ให้เป็น Autorités Administratives Indépendantes ตุลาการรัฐธรรมนูญก็จะ

วินิจฉัยให้องค์กรนั้นมีสถานะเป็น Autorités Administratives Indépendantes เช่นเดียวกัน เช่นกรณีของ La Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle เป็นต้น

ส่วน Conseil d'Etat ได้ยอมรับมาตั้งแต่ ค.ศ.1983 แล้ว ถึงความเหมาะสมและความชอบธรรมในการจัดตั้ง Autorités Administratives Indépendantes (AAI) ซึ่งแม้จะไม่มีสถานะเป็นศาลแต่ก็เป็นอิสระจากรัฐบาลและฝ่ายปกครองตามโครงสร้างการปกครองที่เป็นอยู่ รวมทั้งเป็นอิสระจากกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในกิจกรรมที่องค์กรนี้เข้าไปดูแลด้วย สำหรับนักวิชาการนั้นก็ได้มีการนำเอาแนวความคิดเกี่ยวกับ Autorités Administratives Indépendantes มาวิเคราะห์และเขียนอธิบายในตำรากฎหมายปกครอง

ฝรั่งเศสมีองค์กรประเภท Autorités Administratives Indépendantes ทั้งที่เป็นโดยกฎหมายระบุไว้อย่างชัดเจนและที่ไม่มีกฎหมายระบุไว้แต่อาจถูกจัดรวมเข้าไว้ในประเภท AAI ได้มีประมาณ 20 องค์กร ซึ่งอาจแบ่งตามประเภทของกิจกรรมที่องค์กรเหล่านี้ดูแลอยู่ได้เป็น 4 ประเภท คือ องค์กรที่ดูแลวางกฎระเบียบให้แก่กิจกรรมทางด้านเศรษฐกิจ และทางด้านการเงิน การคลัง องค์กรที่ทำหน้าที่ดูแลเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น วางกฎระเบียบแก่กิจการสื่อสารมวลชนวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และโทรคมนาคม องค์กรที่ทำหน้าที่ดูแลให้มีการใช้อำนาจรัฐเกินขอบเขตจนไปล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของราษฎร และองค์กรที่ทำหน้าที่ประเมินผลการทำงานของฝ่ายปกครอง โดยผู้เขียนจะกล่าวถึง คณะกรรมการควบคุมราคาสินค้าให้เป็นไปตามกลไกของตลาดหรือคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (Le Conseil de la concurrence) ซึ่งเป็นองค์กร Autorités Administratives Indépendantes ของฝรั่งเศสองค์กรหนึ่ง เพื่อให้ทราบถึงองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ขององค์กรประเภทดังกล่าว³³

³³ วิษณุ วรรณุญ, “องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ”, รายงานการวิจัยเพื่อจัดทำข้อเสนอการปฏิรูปการเมืองไทย เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (คปป.), (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2538) น 27-33.

3.3.1 คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (Le Conseil de la concurrence)³⁴

ในระบบของโลกการค้า การตลาดจะถูกกำหนดด้วยอุปสงค์และอุปทาน ผู้ประกอบการอาจจะไม่สามารถกำหนดราคาสินค้าและการผลิตตามที่ตนเองต้องการได้ โดยส่วนใหญ่สินค้าที่มีราคาถูกมักจะมีส่วนแบ่งทางการตลาดมากกว่าสินค้าที่มีราคาสูงกว่า และการที่กำหนดราคาสินค้าที่สูงมากเกินไปอาจจะส่งผลให้สูญเสียส่วนแบ่งทางการตลาดในที่สุด นอกจากนี้ หากนำธรรมชาติของผู้ประกอบการมาพิจารณา จะเห็นได้ว่า ผู้ประกอบการทางธุรกิจมิได้มุ่งหวังให้เกิดการแข่งขันในตลาดแต่อย่างใด ทั้งนี้เพราะ หากมีคู่แข่งในตลาดน้อยเท่าใด ย่อมหมายถึงส่วนแบ่งในตลาดที่มากขึ้นเท่านั้น และเพื่อที่จะบรรลุการจำกัดการแข่งขัน ผู้ประกอบการจึงมักจะมีพฤติกรรมที่ถือได้ว่าเป็นการต่อต้านและกีดกันทางการค้า และนั่นคือที่มาของความจำเป็นในการจัดตั้งองค์กรเพื่อกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า

รัฐกฤษฎีกา (Le décret) ฉบับวันที่ 30 มิถุนายน 1945 แก้ไขเพิ่มเติมโดย รัฐกำหนด (L'ordonnance) ฉบับวันที่ 9 สิงหาคม 1953 ได้จัดตั้ง คณะกรรมการเทคนิคความร่วมมืออันมีผลต่อต้านการแข่งขันทางการค้า (La commission technique des ententes) และ กฎหมาย ฉบับวันที่ 2 กรกฎาคม 1963 ให้อำนาจในการกำกับดูแลการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (L'abus de position dominante) ให้แก่คณะกรรมการดังกล่าวด้วย แต่คณะกรรมการชุดนี้มีอำนาจเพียงแค่ว่าให้ความเห็นแก่รัฐมนตรีกระทรวงเศรษฐกิจเกี่ยวกับความร่วมมืออันมีผลต่อต้านการแข่งขันและการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบเท่านั้น อำนาจในการตัดสินลงโทษยังเป็นของ รัฐมนตรีหรือศาลอาญา (Le juge pénal) ต่อมา กฎหมายฉบับวันที่ 19 กรกฎาคม 1977 ได้จัดตั้ง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (La commission de la concurrence) ขึ้นเพื่อทำหน้าที่ แทนคณะกรรมการเทคนิคฯ มีอำนาจเพิ่มเติม คือ สามารถให้คำแนะนำแก่รัฐบาลในเรื่องการแข่งขันทางการค้าและให้ความเห็นเรื่องการรวมธุรกิจ (La concentration)

รัฐกำหนดฉบับวันที่ 1 ธันวาคม 1986 นอกจากได้ให้เสรีภาพในการกำหนดราคาและในการแข่งขันทางการค้า (La liberté des prix et de la concurrence) เป็นหลักกฎหมายทั่วไป แล้ว (Le principe général) รัฐกำหนดฉบับดังกล่าวยังได้จัดตั้งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (Le conseil de la concurrence) แทนที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งคณะกรรมการ

³⁴

กิตยาภรณ์ ประยูรพรหม และพิมพ์ดาว จันทรขันธ์, [www.publaw.net/publaw/view.asp?](http://www.publaw.net/publaw/view.asp?PublawIDs=838)

PublawIDs=838.

แข่งขันทางการค้าเป็น Les Autorités Administratives Indépendantes ที่สามารถดำเนินงานได้อย่างอิสระ ไม่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร และไม่มีความสัมพันธ์อันเอื้อผลประโยชน์กับผู้ประกอบการ ทั้งนี้ ความเป็น AAI สามารถพิจารณาได้ทั้งจากองค์ประกอบและรูปแบบการดำเนินงาน และอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ

3.3.1.1 องค์ประกอบและรูปแบบการดำเนินงาน

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีองค์ประกอบและรูปแบบการดำเนินงานของสำนักงานคณะกรรมการฯ ดังนี้

(1) องค์ประกอบของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าประกอบไปด้วยกรรมการทั้งสิ้น 17 คน โดยคณะกรรมการฯ เลือกกันเอง ให้เป็นประธานคณะกรรมการฯ 1 คนและรองประธานคณะกรรมการฯ 3 คน ซึ่งคณะกรรมการฯ ทั้งหมดมีคุณสมบัติแตกต่างกัน ดังนี้

- ตุลาการหรืออดีตตุลาการสภาแห่งรัฐ (Le Conseil d'Etat) ศาลฎีกา (La Cour de Cassation) ศาลตรวจเงินแผ่นดิน (La Cour des Comptes) รวมถึงศาลปกครองและศาลสถิตยุติธรรมอื่นๆ จำนวน 8 ตำแหน่ง

- ผู้ทรงคุณวุฒิด้านเศรษฐศาสตร์ การแข่งขันทางการค้า และการบริโภค จำนวน 4 ตำแหน่ง

- ผู้ทรงคุณวุฒิภาคเอกชนซึ่งประกอบหรือเคยประกอบกิจการด้านการผลิต การจำหน่ายจ่ายแจก การช่างฝีมือ การให้บริการ และอาชีพอิสระอื่นๆ จำนวน 5 ตำแหน่ง

การแต่งตั้งคณะกรรมการจะต้องทำโดยรัฐสภาของนายกรัฐมนตรีตามรายงานของรัฐมนตรีกระทรวงเศรษฐกิจ โดยมีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี กรรมการที่พ้นจากตำแหน่งตามวาระสามารถถูกแต่งตั้งเพื่อมาดำรงตำแหน่งได้อีก นอกจากนี้ กรรมการไม่สามารถถูกให้พ้นจากตำแหน่งได้ ยกเว้น ในกรณีต้องห้ามร้ายแรงที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายพาณิชย์ ก่อนเริ่มวาระการดำรงตำแหน่ง คณะกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งจะต้องรายงานตำแหน่งหน้าที่และผลประโยชน์ในการประกอบกิจการและธุรกรรมทางเศรษฐกิจของตน ทั้งนี้ เพราะคณะกรรมการสามารถที่จะดำรงตำแหน่งในคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้พร้อมกับการดำรงตำแหน่งหรือประกอบอาชีพเดิม ยกเว้น ประธานและรองประธานคณะกรรมการฯ แต่เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาเรื่องผลประโยชน์ทับซ้อนจากการปฏิบัติหน้าที่ในคณะกรรมการฯ จึงมีเงื่อนไขว่ากรรมการแต่ละคนไม่สามารถร่วมลงมติในกรณีที่ตนเองมีผลประโยชน์ได้

การทำงานของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเป็นการทำงานในรูปของ คณะกรรมการ อันหมายความว่า มติหรือคำตัดสินหรือคำพิจารณาข้อพิพาทใดๆ ของ คณะกรรมการฯ จะต้องออกมาภายใต้รูปแบบของการลงมติร่วมกันของกรรมการ อาจจะมาจากการประชุมขององค์ประชุมชุดใหญ่ (La formation plénière) ของคณะอนุกรรมการฯ หรือ ของ คณะกรรมการสามัญ ซึ่งประกอบไปด้วยประธานและรองประธานคณะกรรมการฯ อีกสามคน แต่ โดยส่วนใหญ่แล้ว การลงมติคำพิจารณาของคณะกรรมการฯ จะอยู่ในรูปของมติของ คณะอนุกรรมการฯ ซึ่งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าประกอบไปด้วยคณะอนุกรรมการฯ 4 ชุด มีประธานและรองประธานคณะกรรมการฯ เป็นประธานคณะอนุกรรมการฯ ในแต่ละชุด และ เพื่อให้คำพิจารณามีผลบังคับใช้ได้ การลงมติจะต้องประกอบไปด้วยกรรมการไม่น้อยกว่าแปดคน สำหรับองค์ประชุมชุดใหญ่ (La formation plénière) และไม่น้อยกว่าสามคนสำหรับการลงมติใน รูปแบบอื่น อีกทั้งยังกำหนดว่าต้องมีกรรมการที่เป็นตุลาการร่วมอย่างน้อยหนึ่งคนเสมอ

(2) การดำเนินงานของสำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแม้จะเป็นองค์กรที่สามารถดำเนินงานได้อย่างเป็น อิสระ แต่ยังมีบางประเด็นที่ขัดแย้งกับความเป็น Les Autorités Administratives Indépendantes กล่าวคือ เรื่องพนักงานเจ้าหน้าที่ประจำสำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้ายังเป็นข้าราชการประจำกระทรวงเศรษฐกิจ การจ้างและค่าตอบแทนขึ้นอยู่กับกระทรวงพาณิชย์โดยตรง มีเพียง ส่วนน้อยเท่านั้นที่เป็นพนักงานขึ้นตรงต่อและถูกจ้างโดยเงินงบประมาณของคณะกรรมการแข่งขัน ทางการค้า อย่างไรก็ตามคณะกรรมการฯ ยังมีอิสระในการกำหนดเงินงบประมาณของตนเอง

3.3.1.2 อำนาจและบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจตามกฎหมายฝรั่งเศส (Livres IV ประมวล กฎหมายพาณิชย์) และ กฎหมายแห่งสหภาพยุโรป (มาตรา 81 และ 82 สนธิสัญญากรุงโรม) กล่าวคือ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า ตามที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายพาณิชย์ มาตรา L.410-1 และ L.410-2 ว่าด้วยเรื่องความร่วมมือ อันมีผลต่อต้านการแข่งขันทางการค้า (Les ententes) และ การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (L'abus de position dominante) ซึ่งกฎหมายแข่งขันทางการค้ามีผลบังคับใช้กับกิจการทาง เศรษฐกิจทุกประเภท ทั้งนี้ มาตรา L.410-1 ประมวลกฎหมายพาณิชย์ระบุว่ากิจการทางเศรษฐกิจ ที่ต้องถูกบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า คือ กิจการทางเศรษฐกิจทางด้านการผลิต การ จำหน่ายจ่ายแจก และการให้บริการ ดังนั้น กฎหมายแข่งขันทางการค้าจึงมีผลบังคับใช้กับทั้ง

ผู้ประกอบกิจการของรัฐและเอกชนที่ประกอบกิจการตามที่ระบุในมาตรา L.410-1 ข้างต้น ซึ่งอำนาจและบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าสามารถสรุปได้ ดังนี้

(1) อำนาจในการให้คำปรึกษา (La fonction consultative)

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าสามารถให้ความเห็นและคำปรึกษาเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าของทุกประเภทกิจการในตลาด ผู้ที่สามารถขอรับคำปรึกษาและความเห็นจากคณะกรรมการฯ ได้ในทุกคำถามที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า คือ รัฐบาล รัฐสภา องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น องค์การผู้ประกอบการ สหภาพแรงงาน และองค์การผู้บริโภค และหากมีเรื่องเกี่ยวกับพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันเป็นคดีในศาลสถิตยุติธรรมและศาลปกครอง หน่วยงานเหล่านี้สามารถขอความเห็นจากคณะกรรมการฯ ได้ แต่ความเห็นดังกล่าวไม่มีผลผูกพันต่อผู้ขอความเห็นและศาล ทั้งนี้ รัฐมนตรีกระทรวงเศรษฐกิจสามารถขอความเห็นจากคณะกรรมการฯ ในเรื่องเกี่ยวกับการรวมกิจการได้ นอกจากนี้ Les Autorités Administratives Indépendantes อื่นๆ ซึ่งมีอำนาจกำกับดูแลเฉพาะกิจการยังสามารถขอความเห็นจากคณะกรรมการฯ ได้ตามที่กฎหมายระบุ

รูปแบบของการขอความเห็นและคำปรึกษาจากคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า มีทั้งที่กฎหมายบังคับและเลือกที่จะขอความเห็นหรือไม่ก็ได้ ในกรณีที่กฎหมายบังคับให้มีการขอความเห็นและคำปรึกษาจากคณะกรรมการฯ เสมอ เช่น ก่อนการลงมติอนุมัติร่างรัฐกฤษฎีกาว่าด้วยการกำหนดอัตราค่าบริการหรือร่างรัฐกฤษฎีกาที่อาจจะมีผลกีดกันหรือต่อต้านการแข่งขันทางการค้า หรือในกรณีการพิจารณาการรวมธุรกิจ ซึ่งเป็นอำนาจของรัฐมนตรีกระทรวงเศรษฐกิจ จำเป็นต้องขอความเห็นจากคณะกรรมการฯ เช่นกัน

ในบางกรณี กฎหมายมิได้บังคับให้ขอความเห็นหรือคำปรึกษาจากคณะกรรมการฯ แต่ให้เป็นวิจรรณญาณของหน่วยงานว่าสมควรจะขอความเห็นหรือไม่ ตัวอย่างของกรณีดังกล่าว เช่น การขอความเห็นโดยคณะกรรมการสิทธิการสำัญในรัฐสภาซึ่งทำหน้าที่พิจารณาร่างกฎหมายทั่วไป

(2) อำนาจในการตัดสินข้อพิพาท (La fonction contentieuse)

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการกำกับดูแลการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า ทั้งนี้ การร่วมมือทางธุรกิจและการมีอำนาจเหนือตลาดมิได้ถือว่าการสิ่งที่จะเกิดกฎหมายแข่งขันทางการค้า กฎหมายดังกล่าวจะถูกละเมิดก็ต่อเมื่อการร่วมมือทางธุรกิจมีผลกีดกันและต่อต้านการแข่งขัน หรือเมื่อมีการใช้อำนาจเหนือตลาดไปในทางที่มิชอบเพื่อกีดกันการแข่งขันทางการค้า มาตรา L.420-2 ได้ให้ความหมายของการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ คือ การที่ผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาด และใช้อำนาจนั้นเพื่อกีดกันและต่อต้านการแข่งขัน

ทางการค้า ส่วนการรวมธุรกิจ ตามมาตรา L.420-1 คือ การที่ผู้ประกอบการอย่างน้อยสองคนหรือกลุ่มได้ร่วมมือกันไม่ว่าในรูปแบบใดเพื่อประกอบการทางธุรกิจ ซึ่งใช้ในการพิจารณาว่าการรวมธุรกิจใดมีผลกีดกันทางการค้าหรือไม่ คณะกรรมการฯ จะพิจารณาจากข้อสัญญาในการรวมธุรกิจ ส่วนแบ่งในตลาดก่อนและหลังการรวมธุรกิจ สภาวะการแข่งขันในตลาด ฯลฯ ทั้งนี้ คณะกรรมการฯ แข่งขันทางการค้าจะมีสิทธิพิจารณาหรือตัดสินก็ต่อเมื่อข้อพิพาทจากพฤติกรรมกีดกันทางการค้าเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น คณะกรรมการฯ ไม่สามารถพิจารณาเรื่องความเหมาะสมหรือโอกาสในการออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และเมื่อเกิดพฤติกรรมกีดกันและต่อต้านการแข่งขันขึ้น ผู้ที่มีสิทธิฟ้องร้องต่อคณะกรรมการฯ ได้ คือ รัฐมนตรีกระทรวงเศรษฐกิจ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นหรือวิสาหกิจขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น องค์การผู้ประกอบการ สหภาพแรงงาน และองค์การผู้บริโภค การไต่สวนมูลฟ้องข้อพิพาทของคณะกรรมการฯ จะมีเจ้าของสำนวนเป็นผู้จัดเตรียมสำนวน ซึ่งผู้จัดเตรียมสำนวนคำฟ้องนี้อาจจะเป็นตุลาการ ข้าราชการ นักเศรษฐศาสตร์ หรือนักกฎหมายก็ได้ ระหว่างการพิจารณาข้อพิพาท ประมวลกฎหมายพาณิชย์ได้มีการรับรองสิทธิในการป้องกันตนเอง (Les droits de la défense) โดยกำหนดให้มีกระบวนการที่เปิดโอกาสให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ถกเถียง ชี้แจง หรือแสดงเอกสารต่อกันและต่อคณะกรรมการฯ (Le principe de la contradiction) อีกทั้งยังเปิดโอกาสให้สามารถยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์เมืองปารีส (La Cour d'appel de Paris) และยื่นฎีกาต่อศาลฎีกา (La Cour de Cassation) ได้ คำพิจารณาข้อพิพาท (La décision) ของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีหลายรูปแบบ เช่น ในกรณีของข้อพิพาทที่จำเป็นต้องได้รับการพิจารณาอย่างเร่งด่วนเพราะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าข้อสัญญาจะมีผลกระทบร้ายแรงและฉับพลัน (Une atteinte grave et immédiate) ต่อภาวะการแข่งขันของตลาดโดยรวม คณะกรรมการฯ สามารถพิจารณาสั่งมาตรการชั่วคราว (La mesure conservatoire) เพื่อระงับการกระทำทางธุรกิจที่ระบุในข้อสัญญาได้ นอกจากนี้ยังมีคำพิจารณาข้อพิพาทที่มีลักษณะเป็นบทลงโทษ ทั้งที่เป็นโทษปรับทางปกครอง (Les astreintes) และโทษปรับทางการเงิน (Les sanctions pécuniaires) คำนวนตามสัดส่วนรายได้ของการประกอบกิจการ หรือในบางกรณี หากคณะกรรมการฯ ได้พิจารณาในข้อพิพาทแล้ว เห็นว่า การกระทำที่ถือว่าเป็นการกีดกันหรือต่อต้านทางการค้าบางอย่าง ถ้าได้รับการแก้ไขจะทำให้การแข่งขันทางการค้ากลับเป็นปกติ คณะกรรมการฯ สามารถมีคำพิจารณาข้อพิพาทในลักษณะที่เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการเสนอข้อปรับปรุงเพื่อแก้ไขพฤติกรรมของตนได้

นอกจากนี้ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าไม่มีอำนาจในการออกกฎข้อบังคับ เพราะกฎที่ใช้บังคับเรื่องความร่วมมือต่อต้านการแข่งขันทางการค้าและการใช้อำนาจเหนือตลาด คือ

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งอำนาจในการออกกฎข้อบังคับเป็นหนึ่งในความแตกต่างระหว่างองค์กรกำกับดูแลกิจการทั่วไปและองค์กรกำกับดูแลเฉพาะกิจการ

ในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของฝรั่งเศสกับสหภาพยุโรป สหภาพยุโรปได้ออกกฎระเบียบ (Le règlement) ฉบับวันที่ 16 ธันวาคม 2002 ว่าด้วยเรื่องการนำกฎว่าด้วยเรื่องการแข่งขันทางการค้ามาใช้บังคับ ซึ่งประเทศฝรั่งเศสได้นำกฎระเบียบดังกล่าวมาบังคับใช้ผ่านรัฐกำหนด ฉบับวันที่ 4 พฤศจิกายน 2004 กล่าวคือกฎระเบียบของสหภาพยุโรปเปิดโอกาสให้มีการกระจายอำนาจ ให้แก่องค์กรกำกับดูแลการแข่งขันของประเทศสมาชิกในการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันยุโรป อันหมายถึงคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าซึ่งปกติมีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าฝรั่งเศส ขณะเดียวกันหากผลของการประกอบกิจการใดๆ มีผลเกินกว่าระดับประเทศสมาชิกคณะกรรมการฯ ยังจะต้องบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าแห่งสหภาพยุโรปอีกด้วย

3.3.2 วิเคราะห์ Les Autorités Administratives Indépendantes ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

Les Autorités Administratives Indépendantes ของฝรั่งเศสเป็นองค์กรที่อยู่นอกเหนือระบบบริหารราชการแผ่นดินแบบดั้งเดิมที่แบ่งออกเป็นกระทรวง ทบวง กรม เนื่องจากอำนาจทางการเมืองมักจะเป็นภัยคุกคามต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ดังนั้น การกระทำทางปกครองในบางเรื่องที่มีความละเอียดอ่อนและมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนจึงไม่อาจใช้การดำเนินการของหน่วยงานของรัฐตามแบบดั้งเดิมได้ ทำให้ต้องมีการผสมผสานแนวแนวความคิดเรื่องอำนาจและเสรีภาพขึ้น โดยมี Les Autorités Administratives Indépendantes เป็นผู้ดำเนินการ องค์กรนี้จึงเป็นการผสมผสานระหว่างการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร โดยมีความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ ซึ่งความเป็นอิสระนี้ต้องเป็นอิสระทั้งจากอิทธิพลทางการเมืองและอิทธิพลทางเศรษฐกิจ และตามการจัดโครงสร้างการบริหารราชการแผ่นดิน Les Autorités Administratives Indépendantes ของฝรั่งเศสไม่ว่าจะจัดตั้งโดยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเฉพาะจะเป็นองค์กรของฝ่ายบริหารเสมอ³⁵ ทั้งนี้ Les Autorités Administratives Indépendantes ตามฝรั่งเศสอย่างน้อยต้องมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

³⁵ วิจิต จรัสสุขสวัสดิ์, “องค์กรปกครองอิสระของฝรั่งเศส”, วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3 (กันยายน 2544), น.486.

(1) ต้องเป็นองค์กรทางปกครองที่มีอำนาจตามกฎหมายในอันที่จะกำหนดมาตรการที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียว

(2) ต้องเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นในกรอบของนิติบุคคลมหาชนที่มีอยู่แล้ว เช่น รัฐสำหรับองค์กรทางปกครองอิสระส่วนกลาง และ Les Autorités Administratives Indépendantes จะไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคล

(3) ความเป็นอิสระขององค์กรในการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งไม่อยู่ในระบบสายการบังคับบัญชา³⁶

Les Autorités Administratives Indépendantes ของฝรั่งเศสสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

3.3.2.1 สถานะของ Les Autorités Administratives Indépendantes³⁷

พัฒนาการของ Les Autorités Administratives Indépendantes เป็นไปในเชิงทฤษฎี ซึ่งการก่อตั้งองค์กรขึ้นอยู่กับสถานการณ์ทางการเมือง ในปัจจุบันยังไม่อาจให้คำจำกัดความที่แน่นอนของ Les Autorités Administratives Indépendantes ได้ ด้วยเหตุนี้สถานะและอำนาจหน้าที่ของแต่ละองค์กรจึงแตกต่างกันไปตามที่บัญญัติในกฎหมายก่อตั้ง แต่การที่จะจัดให้อยู่ในประเภท Les Autorités Administratives Indépendantes ได้นั้น องค์กรนั้นต้องประกอบด้วย

(1) ความเป็นอิสระทางโครงสร้าง ซึ่งลักษณะร่วมกันอย่างหนึ่งของ Les Autorités Administratives Indépendantes คือ ผู้มีอำนาจดำเนินการของ Les Autorités Administratives Indépendantes จะประกอบด้วยคณะบุคคล ซึ่งจะมีความหลากหลายทางวิชาชีพที่มีความสำคัญในการดำเนินการ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคานอำนาจกันระหว่างผู้มีอำนาจแต่งตั้ง ซึ่งก่อให้เกิดหลักประกันความเป็นอิสระ และเป็นการประกันว่าคำวินิจฉัยในเรื่องที่มีความละเอียดอ่อนและเป็นปัญหาจะได้รับการพิจารณาอย่างจริงจังและถูกต้องตามความมุ่งหมายของ Les Autorités Administratives Indépendantes นั้น อย่างไรก็ตาม ลักษณะคณะบุคคลของ Les Autorités Administratives Indépendantes นี้มีข้อยกเว้นอยู่ในกรณีของผู้ตรวจการสาธารณรัฐ (Mediateur de la République) และผู้ตรวจการภาพยนตร์ (Mediateur du Cinema) ซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรบุคคลเดียว เนื่องจากอาจมีความจำเป็นอย่างอื่น เช่น เพื่อรักษาความลับ เป็นต้น

นอกจากนี้ การไม่มีสภาพนิติบุคคลของ Les Autorités Administratives Indépendantes ยังเป็นปัญหาในเรื่องรูปแบบ องค์ประกอบ และสถานะของกรรมการ ส่วน

³⁶ เฟิงอ้าง, น.486.

³⁷ เฟิงอ้าง, น.488-495.

หลักเกณฑ์ในการแต่งตั้งกรรมการเป็นเพียงการแสดงออกถึงความพยายามที่จะทำให้โครงสร้างของ Les Autorités Administratives Indépendantes เป็นอิสระเท่านั้น ในขณะที่หลักประหลักระหว่างคณะกรรมการในการปฏิบัติหน้าที่ยังเป็นหลักประหลัที่จำเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักลักษณะต้องห้ามในการปฏิบัติหน้าที่ และหลักการไม่อาจได้รับการแต่งตั้งอีกนั้น จะแตกต่างกันไปในแต่ละองค์กร โดยหลักการประกันความเป็นอิสระขององค์กรควรอยู่ที่การห้ามมิให้ดำรงหลายตำแหน่งในเวลาเดียวกัน แต่ทางปฏิบัติแล้วมักจะถูกละเลย

ความเป็นอิสระนั้นต้องพิจารณาจากภาคกิจกรรมที่อาจถูกแทรกแซงจาก Les Autorités Administratives Indépendantes ด้วย ซึ่งความเห็นในประเด็นนี้ยังคงแตกต่างกันไปสำหรับบางองค์กร เช่น คณะกรรมการวิทยุโทรทัศน์ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า หลักเกณฑ์นี้ค่อนข้างจะเข้มงวดมาก กรรมการไม่อาจประกอบอาชีพในภาคกิจกรรมที่อยู่ในความดูแลของคณะกรรมการดังกล่าวแต่สำหรับองค์กรอื่นๆ ไม่มีการกล่าวถึงหลักเกณฑ์นี้เลย

คณะกรรมการขององค์กร Les Autorités Administratives Indépendantes ได้รับความคุ้มครองในส่วนที่เกี่ยวกับความต่อเนื่องของการดำรงตำแหน่ง ซึ่งถือเป็นหลักประกันสถานะของกรรมการอย่างหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ กฎหมายก่อตั้งจึงได้บัญญัติห้ามมิให้มีการถอดถอนหรือห้ามมิให้ถอดถอนโดยองค์กรที่เป็นผู้แต่งตั้งกรรมการนั้น ฉะนั้น การถอดถอนจะกระทำได้โดยคณะกรรมการ หรือโดยมาตรการอื่นที่ปราศจากการแทรกแซงทางการเมืองเท่านั้น

(2) ความเป็นอิสระในการดำเนินการ ในฝรั่งเศสความเป็นอิสระของฝ่ายปกครองมักจะมุ่งไปที่ความเป็นอิสระทางโครงสร้างเป็นหลัก แต่ความเป็นอิสระของ Les Autorités Administratives Indépendantes มิได้จำกัดอยู่ที่โครงสร้างขององค์กรเท่านั้น ความเป็นอิสระนี้ต้องรวมไปถึงการดำเนินการอย่างเป็นอิสระด้วย เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่บัญญัติในกฎหมายก่อตั้ง Les Autorités Administratives Indépendantes จึงต้องมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่และได้รับการสนับสนุนทั้งทางกฎหมายและทางงบประมาณจากรัฐ

(2.1) ทางกฎหมาย (Moyens juridiques) ด้วย Les Autorités Administratives Indépendantes ไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคล จึงทำให้มีสถานะแตกต่างจากองค์กรฝ่ายปกครอง (collectivités) องค์กรมหาชน (établissements publics) หรือ บริษัทเอกชน (organismes privés) และการไม่มีสภาพนิติบุคคลทำให้เหมือนขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของ Les Autorités Administratives Indépendantes เป็นเรื่องยากที่จะนึกถึงการดำเนินการโดยอิสระ เมื่อทางกฎหมายไม่ได้แยกออกจากรัฐ นักวิชาการฝรั่งเศสบางท่านจึงได้พยายามที่จะแยกรัฐออกเป็นสองส่วน คือ ส่วนนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน และส่วนอำนาจอิสระ โดยอธิบายว่า Les Autorités

Administratives Indépendantes มีส่วนร่วมในสภาพนิติบุคคลของรัฐ แต่ไม่อยู่ภายใต้อำนาจรัฐ ดังนั้น Les Autorités Administratives Indépendantes จึงกระทำการในนามของรัฐ เพื่อรัฐและมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย นอกจากนี้ Les Autorités Administratives Indépendantes อาจดำเนินการทางกระบวนการยุติธรรมได้ด้วยตนเอง และในบางกรณีกฎหมายก่อตั้งได้บัญญัติอย่างชัดเจนให้ Les Autorités Administratives Indépendantes สามารถดำเนินการทางแพ่งได้

การไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร ก็นับเป็นลักษณะพิเศษทางกฎหมายอย่างหนึ่งของ Les Autorités Administratives Indépendantes ซึ่งการที่ Les Autorités Administratives Indépendantes ไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคลทำให้องค์กรไม่ต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแล และยิ่งไม่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชา ซึ่งบางครั้งกฎหมายก่อตั้งได้บัญญัติอย่างชัดเจน แต่ในกรณีที่ไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน มักจะถือว่า Les Autorités Administratives Indépendantes นั้นไม่อยู่ภายใต้ระบบการบังคับบัญชา ไม่ว่าจะเป็นด้วยเหตุผลจากความเป็นอิสระหรือจากหน้าที่ในการกำหนดหลักเกณฑ์ตามที่ได้รับมอบหมาย ทั้งนี้ ลักษณะอีกประการหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงความเป็นอิสระในการดำเนินการของ Les Autorités Administratives Indépendantes คือ อำนาจในการออกระเบียบภายในองค์กร

(2.2) ทางงบประมาณ (Moyens matériels) Les Autorités Administratives Indépendantes มีวิธีการงบประมาณเป็นพิเศษและเป็นอิสระเมื่อเทียบกับฝ่ายปกครองทั่วไป กล่าวคือ เนื่องจาก Les Autorités Administratives Indépendantes ไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคล จึงไม่มีสินทรัพย์หรือรายได้ที่จะก่อให้เกิดความเป็นอิสระทางงบประมาณ ในจุดนี้เองที่ทำให้ Les Autorités Administratives Indépendantes ของฝรั่งเศส แตกต่างจากระบบของประเทศในแถบอเมริกาเหนือ ซึ่งมีงบประมาณจากการเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ประกอบวิชาชีพในสาขาอาชีพที่เกี่ยวข้องได้ และด้วยเหตุที่ไม่มีวิธีการงบประมาณของตนเองนี้ ทำให้การใช้จ่ายเงินของ Les Autorités Administratives Indépendantes ต้องขึ้นอยู่กับรายได้ของแผ่นดิน โดย Les Autorités Administratives Indépendantes ต้องเข้าไปอยู่ในสังกัดของกระทรวงที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตการดำเนินการขององค์กร ซึ่งการสังกัดกระทรวงของ Les Autorités Administratives Indépendantes นี้ เป็นการสังกัดทางงบประมาณเท่านั้น และกฎหมายพยายามผ่อนคลายความเข้มงวดของกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ โดยให้อำนาจ Les Autorités Administratives Indépendantes เสนอขอตั้งงบประมาณที่จำเป็นในการดำเนินการเพื่อเสนอร่างกฎหมายงบประมาณประจำปีได้

ในการใช้จ่ายเงินงบประมาณ Les Autorités Administratives Indépendantes สามารถใช้จ่ายเงินได้อย่างค่อนข้างเป็นอิสระ ซึ่งอาจเป็นเพราะองค์กรไม่มีสภาพนิติบุคคล การกระทำต่างๆ ในนามขององค์กร ซึ่งรวมทั้งการใช้จ่ายเงินงบประมาณ กฎหมายก่อตั้งมักจะมอบหมายให้ประธานเป็นผู้มีอำนาจในการสั่งจ่ายเงินงบประมาณ และการใช้จ่ายเงินงบประมาณยังไม่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของวิธีการงบประมาณ เพียงแต่จะมีการควบคุมการใช้จ่ายเงินในภายหลังโดยศาลบัญชี (Cour des comptes) เท่านั้น

ในเรื่องของบุคลากร กฎหมายอนุญาตให้ Les Autorités Administratives Indépendantes ไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารการที่ระบุว่า บุคลากรประจำต้องเป็นข้าราชการเท่านั้น ทำให้ Les Autorités Administratives Indépendantes มีดุลพินิจในการจ้างบุคลากรโดยอาจทำเป็นสัญญาจ้าง ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่

3.3.2.2 อำนาจหน้าที่³⁸

อำนาจหน้าที่ของ Les Autorités Administratives Indépendantes นั้นไม่สามารถที่จะใช้แบบที่มีอยู่แล้วหรือมีขั้นตอนที่กำหนดไว้ล่วงหน้าได้ อำนาจหน้าที่ของ Les Autorités Administratives Indépendantes จึงขึ้นอยู่กับกฎหมายก่อตั้ง ซึ่งอำนาจหน้าที่แตกต่างกันไปตามวัตถุประสงค์ขององค์กร อย่างไรก็ตาม Les Autorités Administratives Indépendantes ยังคงไว้ซึ่ง อำนาจทางปกครองตามรูปแบบดั้งเดิมของหน่วยงานของรัฐ และเพิ่มเติมด้วยอำนาจกึ่งตุลาการ ซึ่งลักษณะผสมผสานนี้ก็เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่เป็นไปอย่างเป็นกลาง

(1) อำนาจทางปกครองแบบดั้งเดิม (Attributions administratives classiques)

อำนาจทางปกครองแบบดั้งเดิมสามารถที่จะแบ่งเป็นอำนาจวินัยชี้ขาด และหน้าที่ให้คำปรึกษา ซึ่งอำนาจวินัยชี้ขาดจะเป็นอำนาจของฝ่ายปกครอง ในขณะที่หน้าที่ให้คำปรึกษาเป็นอำนาจของกรรมการหรือองค์กรอื่นที่มีหน้าที่นี้ ทั้งนี้ การเกิดขึ้นของ Les Autorités Administratives Indépendantes ทำให้การแบ่งอำนาจทางปกครองแบบดั้งเดิมนี้เปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากบาง Les Autorités Administratives Indépendantes เป็นคณะกรรมการที่มีทั้งอำนาจวินัยชี้ขาดและหน้าที่ให้คำปรึกษา

(1.1) อำนาจวินัยชี้ขาด แบ่งเป็นอำนาจในการวางหลักเกณฑ์ และอำนาจในการกำหนดมาตรการเฉพาะบุคคล ซึ่งอำนาจของ Les Autorités Administratives Indépendantes ในการวางหลักเกณฑ์ทั่วไปนี้เกิดจากฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจในการวางหลักเกณฑ์ทั่วไปตาม

³⁸ เฟิงอ่าว, น.495-501.

กฎหมายแ่งองค์กรของรัฐอื่นๆ นอกเหนือจากนายกรัฐมนตรี แต่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยถูกจำกัดขอบเขตการบังคับใช้และสาระสำคัญของหลักเกณฑ์

สำหรับอำนาจในการกำหนดมาตรการเฉพาะบุคคลนั้นเป็นสิ่งที่สำคัญสำหรับฝ่ายปกครอง บางครั้งเป็นการยากที่จะกำหนดมาตรการที่ก่อให้เกิดคำวินิจฉัยของ Les Autorités Administratives Indépendantes เช่น กรณีของคณะกรรมการโทรทัศน์ในการอนุญาตการให้บริการวิทยุและโทรทัศน์เอกชน หรือในการกำหนดมาตรการจัดสรรเวลาในกิจการโทรคมนาคม คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าในการกำหนดมาตรการชั่วคราวเพื่อระงับการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย

(1.2) หน้าที่ให้คำปรึกษา โดยปกติแล้วการให้คำปรึกษาเป็นอำนาจหน้าที่หลักของ Les Autorités Administratives Indépendantes แม้การดำเนินการของ Les Autorités Administratives Indépendantes จะเป็นเพียงการชี้แนะ การทบทวน และแก้ไขทางปฏิบัติและทัศนคติเท่านั้น Les Autorités Administratives Indépendantes จะให้คำปรึกษา ดำเนินการให้มีการถือปฏิบัติ จัดทำคำแนะนำและคำแนะนำ ซึ่งจะเป็นไปทางสังคมวิทยามากกว่าทางกฎหมาย โดยอาจกล่าวได้ว่าหน้าที่ให้คำปรึกษาของ Les Autorités Administratives Indépendantes เป็นเสมือนผู้พิพากษาทางจริยธรรมและมีอิทธิพลต่อการทำให้เป็นจริงได้ในหลักกฎหมาย หรือประมวลจริยธรรมซึ่งจะนำไปใช้ในกิจการขององค์กร

ในขอบเขตอย่างกว้าง หน้าที่ให้คำปรึกษาของ Les Autorités Administratives Indépendantes อาจขยายไปถึงการให้ความร่วมมือกับองค์กรตุลาการ ในกฎหมายก่อตั้ง Les Autorités Administratives Indépendantes อาจบัญญัติให้องค์กรตุลาการสามารถขอความเห็นจาก Les Autorités Administratives Indépendantes ได้ในส่วนที่เกี่ยวกับคดีพิพาทที่อยู่ในความรับผิดชอบหรือ Les Autorités Administratives Indépendantes อาจร้องขอให้องค์กรตุลาการกำหนดมาตรการชั่วคราวที่เกี่ยวข้องกับความเห็นของ Les Autorités Administratives Indépendantes

ท้ายที่สุด Les Autorités Administratives Indépendantes อาจร้องขอต่อพนักงานอัยการให้ดำเนินคดีทางอาญาได้ หากการสอบสวนขององค์กรพบว่ามีกระทำความผิดขึ้น

(2) อำนาจกึ่งตุลาการ (Prerogatives quasi-juridictionnelles)

อำนาจที่จะมอบหมายให้แก่ Les Autorités Administratives Indépendantes โดยทั่วไปไม่ควรที่จะล่วงล้ำเข้าไปในเขตอำนาจของฝ่ายตุลาการ ทั้งนี้ เป็นไปตามแนวความคิดของฝรั่งเศสในเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักการแบ่งแยกองค์กรฝ่ายปกครองและฝ่าย

ตุลาการ ซึ่งแนวความคิดนี้มีความยืดหยุ่นบางประการ โดยเห็นได้ว่า Les Autorités Administratives Indépendantes มีอำนาจหน้าที่ทั้งสองอย่างในเวลาเดียวกัน จุดนี้เองที่ทำให้ Les Autorités Administratives Indépendantes มีอำนาจบางอย่างซึ่งโดยปกติจะสงวนไว้เป็นอำนาจของฝ่ายตุลาการเท่านั้น คือ อำนาจสอบสวน อำนาจลงโทษ และการควบคุมให้เป็นไปตามกฎหมาย

(2.1) อำนาจสอบสวน (Pouvoirs d'investigation) เมื่อได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่ควบคุมภาคกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือการประกอบอาชีพบางประเภท Les Autorités Administratives Indépendantes ต้องมีข้อมูลที่จำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่การได้มาซึ่งข้อมูลของ Les Autorités Administratives Indépendantes อาจได้รับการปฏิบัติราชการทางปกครองทั่วไป ซึ่งได้มาจากการติดต่อสายงานระหว่างหน่วยงาน และได้รับข้อมูลจากภาคเอกชนที่มีหน้าที่ต้องรายงานข้อมูลเหล่านี้ หรือจากการดำเนินการโดยใช้อำนาจขององค์กรตุลาการ ซึ่งเป็นหน้าที่ของ Les Autorités Administratives Indépendantes ที่ต้องดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลโดยวิธีการต่างๆ เช่น คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคสามารถขอให้ส่งข้อมูลที่จำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่ หรือผู้ตรวจการสาธารณรัฐสามารถร้องขอต่อรัฐมนตรีที่รับผิดชอบหรือหน่วยงานที่รับผิดชอบให้ส่งมอบเอกสารเกี่ยวกับเรื่องที่อยู่ในระหว่างการสอบสวน บางครั้งการได้รับมา ซึ่งข้อมูลขององค์กรทางปกครองอิสระอาจเป็นวิธีการบังคับ เช่น การให้มาชี้แจง หรือการนัดสอบสวน ทั้งนี้ อำนาจพิเศษนี้อาจขัดกับหลักพื้นฐานทั่วไปที่ว่า “เสรีภาพบุคคลอยู่ภายใต้ความคุ้มครองของอำนาจตุลาการ” คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงพยายามที่จะจำกัดกรอบการดำเนินการของ Les Autorités Administratives Indépendantes ในส่วนนี้ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงขอบเขตและสถานการณ์ที่จำเป็นต้องมีการควบคุมขององค์กรตุลาการ การดำเนินการของ Les Autorités Administratives Indépendantes ที่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมนี้มีอยู่ 2 กรณี คือ การสืบสวนสอบสวนในสถานที่ประกอบการซึ่งขยายผลไปสู่การค้นสถานที่อยู่อาศัย และเมื่อการตรวจสอบเอกสารหลักฐานต่างๆ นำไปสู่การยึดเอกสารหรือทรัพย์สินเพื่อใช้เป็นหลักฐานในการดำเนินคดี ทั้งสองกรณีนี้ จะกระทำได้นั้นต้องมีคำสั่งของประธานศาลยุติธรรมชั้นต้น และต้องมีเจ้าหน้าที่ตำรวจศาลเข้าร่วมด้วย

(2.2) อำนาจลงโทษ (Pouvoir de sanction) การลงโทษทางปกครองเป็นส่วนหนึ่งในอำนาจรัฐ และเนื่องจากวิธีการลงโทษทางปกครองมีความหลากหลายจึงมีความพยายามที่จะแยกออกเป็น 2 ประเภท ประเภทแรกการลงโทษที่ไม่มีผลทางกฎหมายทันที ซึ่งมักจะไม่ค่อยมีปัญหาอะไรเป็นพิเศษ เช่น คณะกรรมการว่าด้วยข่าวสารและเสรีภาพอาจส่งคำตักเตือนถึงหน่วยงานที่

เกี่ยวข้องในกรณีที่มีการใช้ข่าวสารอย่างประมาทเลินเล่อหรือเกินของอำนาจ ประเภทสองการลงโทษทางปกครองที่มีผลทางกฎหมายทันที ไม่ว่าจะเป็นผลต่อการปฏิบัติงานหรือทรัพย์สินของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ซึ่งไม่ค่อยได้รับการยอมรับมากนักเนื่องจากเห็นว่าการใช้อำนาจลงโทษนี้ควรจะมีขอบหมายให้แก่องค์กรทางปกครอง แต่ต่อมาคณะกรรมการว่าด้วยข่าวสารและเสรีภาพได้ใช้อำนาจในการลงโทษผู้ประกอบการวิทยุโทรทัศน์เอกชน และศาลรัฐธรรมนูญเองได้ละเว้นที่จะวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติลงโทษนั้น และได้มีการวินิจฉัยในทำนองเดียวกันนี้สำหรับกรณีของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า และหลักนี้ได้รับการรับรองอีกครั้งหนึ่งในกรณีของคณะกรรมการวิทยุโทรทัศน์ และคณะกรรมการซื้อขายหลักทรัพย์ว่า “Les Autorités Administratives Indépendantes มีอำนาจลงโทษทางปกครอง”

การลงโทษทางปกครองที่มีผลทางกฎหมายทันทีนั้น มีข้อจำกัดอยู่ 2 ประการ คือ ประการที่หนึ่งอำนาจนี้จะมอบหมายให้ Les Autorités Administratives Indépendantes เฉพาะกรณีที่จำเป็นเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ และประการที่สองการลงโทษนั้นควรใช้เฉพาะเพื่อการจำกัดเสรีภาพเท่านั้น แต่ยังมีการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาและเนื้อหาของการลงโทษทางปกครอง ในกระบวนการพิจารณาควรมีหลักประกันเรื่องสิทธิในการต่อสู้คดีและการอุทธรณ์ทางศาลเพื่อคัดค้านคำสั่งลงโทษนั้น ในเนื้อหาควรมีหลักประกันเช่นเดียวกับการลงโทษทางอาญา เช่นการไม่เลือกปฏิบัติ โทษจะต้องได้สัดส่วนระหว่างความผิดที่กระทำและความรุนแรงของโทษ

(2.3) หน้าที่ควบคุมให้เป็นไปตามกฎหมาย (Mission de regulation) ฝ่ายนิติบัญญัติมักจะบัญญัติอำนาจหน้าที่ของ Les Autorités Administratives Indépendantes ไว้ในมาตราแรกของกฎหมายก่อตั้งเสมอ โดยบางครั้งก็บัญญัติแต่เพียงว่า “มีหน้าที่สอดส่องในการบังคับใช้กฎหมาย” เพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลมิให้ถูกล่วงล้ำทางข้อมูล (คณะกรรมการว่าด้วยข่าวสารและเสรีภาพ) ซึ่งแนวความคิดในเรื่องหน้าที่ควบคุมให้เป็นไปตามกฎหมาย แสดงให้เห็นถึงอำนาจหน้าที่ของ Les Autorités Administratives Indépendantes และทำให้วิเคราะห์ถึงอำนาจพิเศษของ Les Autorités Administratives Indépendantes ในลักษณะการเผชิญหน้าระหว่างรัฐที่มีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์กับผู้ประกอบการมหาชนหรือเอกชนที่จัดให้มีบริการนั้น อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ Les Autorités Administratives Indépendantes มีหน้าที่ควบคุมให้เป็นไปตามกฎหมายแต่ก็ไม่ได้อยู่เหนือการควบคุมในรูปแบบต่างๆ

3.3.2.3 การควบคุม³⁹

Les Autorités Administratives Indépendantes จะอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรตุลาการ ซึ่งการควบคุมนี้อาจกำหนดไว้โดยตรงในกฎหมายก่อตั้งหรือกำหนดขึ้นในภายหลัง อีกกรณีหนึ่งเกิดจากการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (La Convention europeene des droits de l'homme) ซึ่งมาตรา 6 ของอนุสัญญาดังกล่าวได้บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาพิพากษาด้วยความเท่าเทียมกัน โดยเปิดเผย และภายในระยะเวลาที่เหมาะสม โดยศาลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่เป็นอิสระและเป็นกลาง”⁴⁰ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้เคยวินิจฉัยในคดีเกี่ยวกับวิทยุโทรทัศน์ว่า ในการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่คณะกรรมการว่าด้วยการสื่อสารและเสรีภาพจะอยู่ภายใต้การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายจากการร้องขอของรัฐบาลหรือบุคคลที่มีส่วนได้เสีย และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวิทยุโทรทัศน์ที่ทำให้มีการดำเนินการโดยละเมิดบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ต่างๆ อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบของฝ่ายบริหาร ดังนั้น เมื่อ Les Autorités Administratives Indépendantes มีลักษณะเป็นองค์กรทางปกครอง จึงอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม ยังคงมีปัญหาในบางกรณี เช่น กรณีของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ซึ่งคำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าวมีผลกระทบต่อปัจเจกชนหรือเข้าดำเนินการในเรื่องที่ส่งผลกระทบต่อเอกชนเท่านั้น จึงมีปัญหาว່ว่าจะอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ทั้งนี้ สามารถแยกลักษณะการควบคุมการกระทำของ Les Autorités Administratives Indépendantes โดยศาล ได้ดังนี้

(1) การควบคุมทางลึกในมาตรการลงโทษ (Controle approfondi sur les mesures de sanction)

ในเรื่องที่มีการใช้อำนาจกำหนดมาตรการลงโทษ จำเป็นต้องมีการควบคุมความได้สัดส่วนซึ่งหมายถึง ความสมดุลระหว่างความรุนแรงของความผิดกับความเข้มงวดของการลงโทษ อันเป็นผลมาจากกฎหมายก่อตั้งที่มักจะกำหนดให้ศาลมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายและสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายซึ่งเป็นการขยายอำนาจของศาล และแนวความคิดที่ว่าในกรณีที่สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานถูกคุกคาม ศาลควรที่จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังเป็นพิเศษ ตลอดจนคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ซึ่งต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้รับเอาแนวความคิดนี้มาว่า ในคดีอาญาอันรวมถึงการลงโทษทางปกครอง ต้องมีการควบคุมคำวินิจฉัยทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย

³⁹ เฟิงอ๋าง, น.501-509.

⁴⁰ เฟิงอ๋าง, น.501.

(2) การควบคุมที่ไม่ชัดเจนในคำวินิจฉัยอื่นๆ (Controle nuance sur les autres decisions)

ในเรื่องเกี่ยวกับมาตรการทางปกครองทั่วไป ซึ่งไม่ใช่มาตรการลงโทษและเป็นข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลเพื่อร้องขอให้มีการเพิกถอนนั้นได้มีการดำเนินการตามวิถีทางแบบดั้งเดิม คือ ต้องมีการแยกระหว่างอำนาจดุลยพินิจและข้อสันนิษฐานเรื่องเขตอำนาจเกี่ยวเนื่องในกรณีที่ศาลพิจารณาเรื่องที่เป็นปัญหาเทคนิคหรือเป็นปัญหาที่ค่อนข้างละเอียดอ่อน ผู้พิพากษาต้องเคารพการใช้อำนาจดุลยพินิจของ Les Autorités Administratives Indépendantes และควบคุมอย่างจำกัด แต่โดยทั่วไปคำวินิจฉัยที่ขึ้นสู่ศาลไม่ว่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการวางหลักเกณฑ์หรือมาตรการเฉพาะบุคคลย่อมอยู่ภายใต้การควบคุมอย่างปกติ และการควบคุมการใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมายซึ่งมักจะเป็นเรื่องของการไม่มีอำนาจ และการไม่เป็นไปตามรูปแบบที่กำหนดไว้

อย่างไรก็ตาม ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า Les Autorités Administratives Indépendantes ของฝรั่งเศสไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคลและไม่มีทรัพย์สินของตนเอง การเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากการปฏิบัติจึงต้องเรียกร้องจากรัฐโดยตรง แม้จะมีอยู่หลายคดีที่มีการฟ้องร้องเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากความรับผิดขององค์กรทางปกครองอิสระ แต่ศาลถือว่าเป็นการเรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐ

จากการศึกษาขององค์กรประเภท Independent Regulatory Agency ของประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และฝรั่งเศสดังกล่าวข้างต้น อาจสรุปได้ว่า องค์กรประเภท Independent Regulatory Agency นั้น เกิดขึ้นครั้งแรกที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ต่อมาประเทศอังกฤษและฝรั่งเศสได้รับแนวความคิดดังกล่าวเพื่อปรับใช้กับการจัดตั้งองค์กรในประเทศของตน ดังนั้น แนวความคิด วัตถุประสงค์ และลักษณะในการก่อตั้งองค์กรประเภทดังกล่าวของทั้ง 3 ประเทศ ส่วนใหญ่จึงมีลักษณะคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ เป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อทำหน้าที่วางระเบียบควบคุมกิจการบางอย่างภายในรัฐอันเป็นกิจกรรมที่มีความสำคัญและมีผลอย่างมากต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน เศรษฐกิจ อันเป็นองค์กรที่มีสถานะพิเศษโดยได้รับหลักประกันให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยอิสระ ปราศจากการแทรกแซงจากองค์กรของรัฐอื่นหรือจากสถาบันการเมืองอื่น ซึ่งองค์กรประเภทนี้ยังคงเป็นองค์กรทางปกครองและการกระทำต่างๆ จะถูกตรวจสอบได้โดยศาล โดยการบริหารจัดการมักจะอยู่ในรูปแบบของคณะกรรมการ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากโครงสร้างทางการเมืองการปกครองของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันจึงทำให้องค์กรประเภท Independent Regulatory Agency ของทั้ง 3 ประเทศมีลักษณะที่แตกต่างกันบางประการ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกามีขอบเขตในการตรากฎมาจากแนวทางการปฏิบัติมากกว่าเกิดจากการรับอำนาจตามกฎหมายอันเป็นการใช้อำนาจตรา

ระดับแรก กล่าวคือ แม้ว่าฝ่ายบริหารจะมีส่วนในการออกกฎ แต่ประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาที่ไม่สืบทอดเข้าไปแทรกแซงการออกกฎของ Independent Regulatory Agency ส่วนในประเทศฝรั่งเศสจะเป็นการใช้อำนาจในการตรากฎระดับรอง กล่าวคือ การตรากฎจะถูกจำกัดโดยอำนาจการตรากฎของรัฐบาลหรือต้องได้รับความเห็นจากรัฐมนตรี ดังนั้น จะเห็นได้ว่า Independent Regulatory Agency ของประเทศสหรัฐอเมริกา มีอำนาจในการตรากฎของตนเองชัดเจนกว่าประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศสหรัฐอเมริกามีกระบวนการตรากฎแยกเป็น 2 ประเภท คือ การตรากฎแบบเป็นทางการ (Formal rulemaking) และการตรากฎแบบไม่เป็นทางการ (Informal rulemaking) ดังนั้น Independent Regulatory Agency ของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีกระบวนการตรากฎที่มีความหลากหลายมากกว่าประเทศอังกฤษและฝรั่งเศส

เมื่อพิจารณาในภาพรวมแล้ว Independent Regulatory Agency ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับอำนาจมากกว่า Independent Regulatory Agency ของประเทศอังกฤษ และฝรั่งเศส เนื่องจาก Independent Regulatory Agency ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับมอบอำนาจมาก และมีกระบวนการตรากฎที่มีความหลากหลาย