

บทที่ 3

แนวทางการบริหารและบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศ สหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่นและประเทศเยอรมัน

3.1 กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1.1 บททั่วไป

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีพระราชบัญญัติเชอร์แมน (The Sherman Anti-Trust Act) ค.ศ. 1890 โดยการเสนอของวุฒิสมาชิกเชอร์แมน (Sherman) กฎหมายฉบับนี้เป็นการนำกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่มารวบรวมและสร้างความหมายที่ชัดเจนของการจำกัดการแข่งขันทางการค้า รวมถึงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่รัฐ บทลงโทษทั้งจำคุกและปรับ และสิทธิของเอกชนในการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย นอกจากนี้ยังมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องอีก 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติเคลย์ตัน (The Clayton Act) ค.ศ. 1914 และพระราชบัญญัติคณะกรรมการการค้าสหพันธรัฐ (The Federal Trade Commission Act) ค.ศ. 1914

3.1.2 การจัดวางโครงสร้างองค์กรภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้า

3.1.2.1 ประวัติศาสตร์และแนวคิดในการจัดวางโครงสร้างองค์กรทางมหาชนจากอดีตถึงปัจจุบัน

อาจกล่าวได้ว่าจุดเริ่มต้นของการบริหารงานสาธารณะรูปแบบใหม่ของประเทศสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1887 หนึ่งปีหลังจากที่ Professor Woodrow Wilson ได้เขียนบทความเรื่อง "The Study of Administration"¹ โดยมีใจความสำคัญเพื่อกระตุ้นให้เห็นถึงความสำคัญของการวางแผนและการจัดองค์กรทางปกครองในประเทศ สรุปได้ดังนี้

"นับวันบทบาทหน้าที่ซึ่งรัฐบาลจะต้องรับผิดชอบจะมีมากขึ้นทุกทีและทั้งยากและซับซ้อน มีภารกิจใหม่ๆที่รัฐต้องเข้าไปดูแล และความมีประโยชน์ ความคุ้มค่าต่อค่าใช้จ่ายและความสำเร็จของการให้บริการทางไปรษณีย์ก่อให้เกิดการควบคุมของรัฐในระบบโทรเลข การก่อตั้งคณะกรรมการทางรถไฟแห่งชาติ (the National Commissioners of Railroads) ทำให้เกิดการขยายบทบาทหน้าที่ของฝ่ายปกครองในแง่ของการกระจายอำนาจอย่างสำคัญ แนวความคิดของรัฐคือสำนึกในการบริหารงานปกครอง กล่าวคือ เมื่อรัฐเห็นสิ่งใหม่ๆที่เกิดขึ้นในแต่ละวันและพบว่าอะไรที่รัฐควรจะทำ ก็ต้องพยายามมองหาปัญหาให้ออกกว่าจะดำเนินการด้วยวิธีอย่างไร

¹ Woodrow Wilson. The Study of Administration. November 1, 1886. [Online].

นี่เป็นเหตุผลที่ว่าทำไมเราจึงต้องมีศาสตร์แห่งการบริหารงานปกครองซึ่งจะทำให้การเดินไปข้างหน้าของรัฐบาลแข็งแกร่ง ทำให้องค์กรต่างๆมีความเข้มแข็งและทำหน้าที่ได้อย่างสมบูรณ์

แต่ศาสตร์นี้กลับเป็นที่พัฒนาแต่เพียงในประเทศฝั่งยุโรป ในยุโรบนั้นผู้ปกครอง (government) ได้ทำการผูกขาดอำนาจปกครองมาเป็นเวลานาน และนานเสียยิ่งกว่าสหรัฐอเมริกาหรืออังกฤษซึ่งรัฐได้ใช้วิธีกระจายอำนาจ (common franchise) มาเป็นเวลานานแล้ว เหตุผลคือ ประการแรก ในยุโรบนั้นผู้ปกครองเป็นอิสระจากความเห็นชอบของประชาชนส่วนใหญ่ เนื่องจากมีเรื่องสำคัญ(กว่า)ที่ต้องจัดการมากมาย ประการที่สอง คือ ความต้องการที่จะรักษารัฐบาลที่มีลักษณะผูกขาดเพื่อประโยชน์ของผู้ปกครองในการบริหารงานโดยมีอุปสรรคน้อยที่สุด การเปลี่ยนแปลงในส่วนนี้จึงเป็นไปอย่างเชื่องช้า แต่ท้ายที่สุดประชาชนของประเทศทางยุโรปก็ได้มาซึ่งรัฐธรรมนูญและสิทธิในการเลือกตั้ง

ในสหรัฐอเมริกา เนื่องจากเป็นประเทศใหม่และมีความเป็นอิสระสูงจึงไม่มีปัญหาใหญ่อะไรกับรัฐบาลผู้ปกครองซึ่งยังมีงานให้ทำสำหรับทุกคน แต่สิ่งที่ขาดหายไป คือ แผนนโยบายและวิธีการในการบริหารการปกครอง (plans and methods of administration) เนื่องจากเราไม่ได้ให้ความสำคัญในส่วนนี้มากนัก

ตามประวัติศาสตร์ทางรัฐธรรมนูญของประเทศที่ก้าวเข้าสู่โลกใหม่อาจแบ่งช่วงเวลาของวิวัฒนาการออกได้เป็น 3 ช่วงด้วยกัน คือ ช่วงแรก ที่มีผู้ปกครองที่มีอำนาจเด็ดขาดและมีระบบการปกครองที่รองรับอำนาจเด็ดขาดนั้น ช่วงที่สอง ที่มีรัฐธรรมนูญเข้ามาจำกัดอำนาจของผู้ปกครองสูงสุดและอำนาจดังกล่าวควบคุมโดยเสียงของประชาชนส่วนใหญ่ ช่วงที่สามคือ บุคคลที่มีอำนาจสูงสุดมีภารกิจในการพัฒนาการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญใหม่ซึ่งเป็นสิ่งที่ให้อำนาจแก่พวกเขา

ในสหรัฐอเมริกาประวัติศาสตร์ทางการเมือง ไม่มีพัฒนาการของการปกครอง มีแต่การพัฒนาในเรื่องกระบวนการนิติบัญญัติ และไม่มีควมก้าวหน้าในการจัดองค์กรของรัฐ แต่เจริญก้าวหน้าในการออกกฎหมายและการวิพากษ์วิจารณ์ทางการเมือง ถึงเวลาแล้วที่จะต้องศึกษาในเรื่องนี้เพราะเรากำลังก้าวเข้าสู่ช่วงที่สามซึ่งจะต้องพัฒนาการบริหารการปกครองไปตามรัฐธรรมนูญใหม่

โดยหลักการแล้ว การจัดองค์กรทางปกครองในระบบประชาธิปไตยนั้นยากกว่าระบอบกษัตริย์ (Monarchy ที่ประเทศฝั่งยุโรปเป็น) เพราะอาศัยเพียงความเห็นของคนเพียงคนเดียวก็สามารถทำการเปลี่ยนแปลงในรัฐได้

วัตถุประสงค์ในการศึกษาการปกครอง คือ หาวิธีการบริหารที่ปราศจากความสับสนและมีต้นทุนที่เหมาะสมในทางปฏิบัติและใช้วิธีนั้นเป็นพื้นฐานของหลักการที่มั่นคง โดยการผสมผสานกันระหว่างการปกครองในระดับรัฐ (local self-government) กับระดับสหพันธรัฐ (federal self-government)² เป็นแนวความคิดที่ค่อนข้างใหม่ที่จะต้องทำให้สำเร็จให้จงได้"³

ซึ่งในปี ค.ศ. 1887 นี้เองเป็นปีที่มีการก่อตั้ง the Interstate Commerce Commission (ICC) โดย ICC เป็นองค์กรระดับสหพันธรัฐองค์กรแรกที่มีส่วนสำคัญในการดำเนินงานโดยลงลึกในรายละเอียดอย่างกว้างขวาง ในส่วนของเศรษฐกิจของสหรัฐอเมริกา⁴ ต่อมาในปี ค.ศ. 1889 ICC ก็ได้รับการแต่งตั้งขึ้นใหม่และมีฐานะเป็น องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระองค์กรแรก (the first independent regulatory agency)⁵

อย่างไรก็ตาม กำเนิดของ ICC ไม่ได้สร้างกระแสของการก่อตั้งองค์กรของรัฐรูปแบบใหม่อย่างเดียวกัน นี้โดยทันที อันที่จริงในช่วงเวลาที่มีวิวัฒนาการ (the Progressive Era) ได้ก่อกำเนิดองค์กรใหม่ที่เป็นหลักสำคัญ อีกหนึ่งองค์กรระหว่างที่มี the Interstate Commerce Act และการเกิด the Great Depression⁶ ขึ้น ซึ่งก็คือ the Federal Trade Commission (FTC) หรือคณะกรรมการการค้าสหพันธรัฐ ช่วงเวลาที่เป็นจุดแบ่งในการสร้าง องค์กรทางปกครองในระดับสหพันธรัฐรูปแบบใหม่ คือ the New Deal⁷ โดยมีการพิจารณาถึงความเกี่ยวข้องกัน ทั้งในทางหลักการและในทางปฏิบัติ ประธานาธิบดีและสภาองเกรสได้สร้างองค์กรใหม่ๆขึ้น ซึ่งบ่อยครั้งที่ องค์กรเหล่านี้ได้รับอำนาจอย่างกว้างขวางและไม่ชัดเจน ทั้งนี้เพื่อที่จะตอบสนองต่อสภาวะวิกฤติทางเศรษฐกิจ ของชาติ แต่การเช่นนั้นก็ได้ประสบความสำเร็จเสมอไป การใช้อำนาจ (ซึ่งรวมถึงการใช้อำนาจเกินขอบเขต ด้วย) ของ National Industrial Recovery Administration ได้กระตุ้นให้เกิดการต่อต้านทางการเมืองอย่าง กว้างขวาง และก่อให้เกิดเหล่าคำตัดสินของศาลสูงสุดที่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติในระดับสหพันธรัฐนั้นมิชอบด้วย รัฐธรรมนูญเนื่องจากกฎหมายได้มอบอำนาจให้แก่เหล่าองค์กรทางปกครองมากเกินไป อย่างไรก็ตามเหล่า องค์กรใหม่อื่นๆจำนวนมากก็ได้ถูกสร้างขึ้น และบางองค์กร โดยเฉพาะ the Securities and Exchange Commission และ the National Labor Relation Board ก็คงอยู่และเติบโตอย่างมั่นคง โดยสามารถเอาชนะ ช่วงเวลาที่ศาลใช้อำนาจในแนวทางดังกล่าวได้⁸ ซึ่งเหตุการณ์นี้มีส่วนสนับสนุนอย่างสำคัญต่ออิทธิพลของการ สร้างกฎเกณฑ์ขององค์กรของสหพันธรัฐ⁹

² ซึ่งไม่เหมือนกับการจัดระบบสหพันธรัฐของเยอรมันที่ local government ยังไม่ได้เป็น local self-government เต็มตัว

³ Ibid., pp. 3 – 8, 14.

⁴ กล่าวคือ มีอำนาจหน้าที่ดูแล ควบคุม และวางระเบียบการประกอบธุรกิจการค้าระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจต่าง มลรัฐกัน จาก วิษณุ วรรณุญ. องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ. รายงานการวิจัย เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย. (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538), หน้า 17.

⁵ Jerry L. Mashaw, Richard A. Merrill, Peter M. Shane. Administrative Law, the American public law system: cases and materials. 3rd ed. (St. Paul Minn.: West Publishing, 1992), p. 4.

⁶ สภาวะถดถอยทางเศรษฐกิจครั้งใหญ่เริ่มตั้งแต่ ตุลาคม ค.ศ. 1929 จนถึงสิ้นสุดลงในปี ค.ศ. 1941 ซึ่งเป็นปีที่ ประเทศสหรัฐอเมริกาเข้าร่วมสงครามโลกครั้งที่ 2

⁷ ช่วงเวลาในประวัติศาสตร์ (ค.ศ. 1933 – 1940) ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้นำมาตรการและนโยบาย ส่งเสริมการฟื้นฟูเศรษฐกิจและปฏิรูปทางสังคมมาใช้ โดย ประธานาธิบดี Franklin D. Roosevelt

⁸ ในปี ค.ศ. 1935 the Supreme Court ได้ตัดสินรับรู้อำนาจขององค์กรอิสระของรัฐ (independent regulatory agency) ในคดี Humphrey's Executor v. United States ว่าโดยที่ “สภาองเกรสมีเจตนาชัดแจ้งที่จะ

สิ่งที่รัฐพึงตระหนักถึง คือ แม้ว่าองค์กรแต่ละองค์กรจะมีที่มาทางประวัติศาสตร์การเมืองและทางสังคมเป็นของตนเอง องค์กรทางปกครองก็มีใช่แต่เพียงตอบสนองต่อปัญหาของสังคมตามความรับผิดชอบของรัฐเท่านั้น แต่ยังคงรับรู้ว่าสถาบันที่มีอยู่นั้นยังไม่เพียงพอต่อภารกิจที่จักต้องกระทำ อย่างไรก็ตามคณะกรรมการการค้าสหพันธรัฐได้ถูกสร้างขึ้นในปี ค.ศ. 1914 ภายใต้การบริหารประเทศของประธานาธิบดี Woodrow Wilson¹⁰ เพื่อป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม และส่วนหนึ่งก็เป็นการสนองตอบต่อความล้มเหลวที่ได้รับจากความพยายามของรัฐบาลกลางก่อนหน้านี้ในการบังคับใช้กฎหมายโดยศาลของ the Sherman Anti-Trust Act of 1890

New Deal คือ แผนฟื้นฟูเศรษฐกิจในประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วงเวลาที่เกิดภาวะถดถอยทางเศรษฐกิจครั้งใหญ่ (the Great Depression)¹¹ ของประธานาธิบดี Franklin Delano Roosevelt โดยคำนี้มีที่มาจากการรณรงค์หาเสียงเลือกตั้งของ Roosevelt ในปี ค.ศ. 1932 ซึ่งเขาได้สัญญากับคนอเมริกันว่าจะทำการปฏิรูปทั้งภาคราชการและภาคเอกชนผ่านกระบวนการนิติบัญญัติเพื่อกระตุ้นเศรษฐกิจและจุดประเทศขึ้นจากภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ Roosevelt ได้ออกกฎหมายภายใต้แผนการฟื้นฟูนี้เป็นจำนวนมากในช่วง 3 เดือนแรกของปี ค.ศ. 1933 ที่ได้เป็นประธานาธิบดี ซึ่งเรียกช่วงเวลานี้ว่า หนึ่งร้อยวัน (the Hundred Days) หรือ ระยะแรกของแผนฟื้นฟู (the first phase of the New Deal) โดยเน้นหนักที่การจัดหางานให้แรงงานที่ว่างงานและปฏิรูปอุตสาหกรรมด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น the Civilian Conservation Corps (1933), the National Recovery

สถาปนาศูนย์ที่เป็นอิสระจากอำนาจฝ่ายบริหารแม้ว่าจะยังอยู่ในสังกัดของฝ่ายบริหารก็ตาม ดังนั้นการที่คณะกรรมการ Federal Trade Commission ได้ปฏิบัติหน้าที่ไปโดยอิสระโดยไม่สนใจว่าฝ่ายบริหารจะยินยอมตามด้วยหรือไม่จึงไม่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ” และโดยเหตุผลดังกล่าวประธานาธิบดี Roosevelt จึงไม่มีอำนาจถอดถอนกรรมการออกจากตำแหน่งก่อนครบวาระโดยไม่มีเหตุผลตามที่กฎหมายกำหนด จาก วิษณุ วรรณุญ. องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ, หน้า 18.

⁹ Jerry L. Mashaw, Richard A. Merrill, Peter M. Shane. Administrative Law, the American public law system: cases and materials, p. 5.

¹⁰ Marc Winerman. The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control, and Competition. [Online]. Available: <http://www.ftc.gov/ftc/history/origins.pdf>. p. 38.

¹¹ The Great Depression คือ ช่วงเวลาที่เศรษฐกิจของโลกอยู่ในภาวะถดถอยเป็นเวลานานโดยเริ่มจาก Black Thursday, the Wall Street panic of October 1929 – ในวันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ. 1929 ราคาหุ้นใน Wall Street ได้ลดลงอย่างรุนแรงโดยไม่มีใครคาดคิด ทำให้เกิดภาวะการณ์ล้มละลายและไม่สามารถชำระหนี้ได้อย่างต่อเนื่องและมีผลไปยังต่างประเทศอย่างรวดเร็ว สิ่งที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาทำให้เกิดภาวะเศรษฐกิจถดถอยไปทั่วโลก และประชากรหลายร้อยล้านคน (hundreds of millions) ไร้งานทำตามระบบของโลกทุนนิยมในช่วงปี ค.ศ. 1930

ในระดับโลกการที่ตลาดล่มสลายในสหรัฐอเมริกาเป็นเหมือนฟางเส้นสุดท้ายในสถานการณ์ที่เศรษฐกิจของโลกกำลังอยู่ในภาวะสั่นคลอน ในขณะที่เยอรมันกำลังตกอยู่ในภาวะเงินเฟ้ออย่างรุนแรง และหลายประเทศในกลุ่มพันธมิตรที่เป็นผู้ชนะสงครามโลกครั้งที่ 1 ก็พบกับปัญหาใหญ่ในการชำระหนี้ก้อนใหญ่ที่เกิดจากการทำสงคราม ในช่วงปลายปี ค.ศ. 1920 เศรษฐกิจของประเทศสหรัฐอเมริกาเดิมทีก็ดูจะไม่ได้รับผลกระทบจากปัญหาที่เกิดขึ้นแต่พอถึงช่วงต้น ปี ค.ศ. 1930 ปัญหา ก็เริ่มเกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว (ดู <http://encyclopedia.thefreedictionary.com/Great%20Depression>)

Administration (1933), the establishment of the Tennessee Valley Authority (1933), the Agricultural Adjustment Administration (1933), the Securities and Exchange Commission (1934), และ the Works Progress Administration (1935)

ในระยะเวลาที่สองของแผนฟื้นฟูเน้นตรงการออกกฎหมายที่ให้ประโยชน์กับกลุ่มผู้ใช้แรงงาน กลุ่มเจ้าของบ้าน และกลุ่มคนที่ไม่มียานทำเนื่องจากปัจจัยภายนอกที่เกิการควบคุม ซึ่งมีกฎหมายที่สำคัญออกมา 2 ฉบับ คือ the National Labor Relations Act (1935) (หรือเรียกอีกอย่างว่า the Wagner Act) อันมีผลให้เหล่าสหภาพแรงงานแข็งแกร่งขึ้น และสร้างระบบประกันสังคมขึ้นเพื่อให้ประโยชน์แก่คนชรา แม่หม้าย คนที่พึ่งพาตนเองไม่ได้ และคนที่ไม่สามารถทำงานได้ และมีการออกกฎหมายเพื่อช่วยให้เจ้าของบ้านได้ทำแผนการชำระหนี้ จำนวนอีกครั้งและป้องกันการยึดทรัพย์ บทบัญญัติที่ออกมาในช่วงเวลาดังกล่าว บ้างก็ยังมีผลบังคับใช้ บ้างก็หมดวาระไป และบางส่วนก็ถูกศาลสูงสุดตัดสินว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ ยุคของการใช้แผนฟื้นฟูทางเศรษฐกิจ (the New Deal Era) จบลงเมื่อประเทศสหรัฐอเมริกาเข้าร่วมสงครามโลกครั้งที่ 2 ในปี ค.ศ. 1941 เนื่องจากการใช้จ่ายทางการทหารอย่างมากก่อให้เกิดการสร้างงานอย่างเพียงพอต่อแรงงานที่มี ทำให้ประเทศกลับสู่สภาวะทางเศรษฐกิจที่ดีขึ้น อันเป็นการสิ้นสุดของ the Great Depression เช่นกัน

อย่างไรก็ตามแผนฟื้นฟูที่มีแนวคิดในการใช้จ่ายแบบขาดดุลและใช้เงินเพื่อการบริการสาธารณะอย่างมหาศาลนี้มาเริ่มให้ผลอย่างจริงจังเอาตอนที่สหรัฐอเมริกาเข้าสู่สงครามโลกครั้งที่ 2 นี้เอง รัฐบาลของประธานาธิบดี Roosevelt ดูเหมือนจะไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากการเพิ่มการใช้จ่ายในภาครัฐ การพยายามทำให้เกิดสงคราม และแม้แต่การสร้างปัจจัยพิเศษในการเตรียมพร้อมทางการทหาร และนโยบายแผนฟื้นฟูก็ได้ผลตรงตามที่คาดไว้ เมื่อสถานการณ์ทางเศรษฐกิจดุดอยครั้งใหญ่ได้สิ้นสุดลงโดยสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นการแสดงให้เห็นได้ชัดว่าเป็นผลมาจากการทำให้ภาคธุรกิจเข้มแข็ง (reinforcement of business) ผ่านทางการใช้จ่ายของภาครัฐ มาตรการฟื้นฟูได้ตอบสนองต่อความต้องการในสังคมและก่อให้เกิดการสร้างงาน รวมถึงแก้ไขปัญหาความยากจนผ่านการเพิ่มการใช้จ่ายของภาครัฐ ทฤษฎีที่อยู่เบื้องหลัง the New Deal ได้รับการสนับสนุนภายหลังโดยข้อเขียนของนักเศรษฐศาสตร์ชาวอังกฤษชื่อ John Maynard Keynes¹² ในปี ค.ศ. 1929 ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้จ่ายไปเพียง 3% ของ GDP ส่วนในระหว่างปี ค.ศ. 1933 ถึงปี ค.ศ. 1939 ค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นเป็น 3 เท่า และมีผู้วิจารณ์ประธานาธิบดีส่วนหนึ่งกล่าวหาว่าเขากำลังจะเปลี่ยนอเมริกาให้เป็นรัฐสังคมนิยม¹³ มีข้อสังเกตว่าในการฟื้นฟูเศรษฐกิจของ Roosevelt ภายใต้วาระดุดอยดังกล่าว เขายังพยายามทำให้การใช้จ่ายงบประมาณอยู่ในภาวะที่ไม่ขาดดุลมากเกินไป ผลก็คือ สภาวะการว่างงานยังคงมีอยู่ในอัตราที่สูงในช่วงเวลาที่ใช้แผนฟื้นฟู ส่วนสิ่งที่เป็นเสาหลักของการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจอย่าง การอุปโภคและบริโภค การลงทุน และการส่งออกโดยรวมนั้นกลับยังอยู่ในอัตราที่ต่ำ¹⁴

¹² The General Theory – มีแนวความคิดต่างๆ โดยมองว่าหากจะทำให้คนมีงานทำ รัฐต้องใช้นโยบายดำเนินการภาวะขาดดุลในขณะที่เศรษฐกิจเป็นไปอย่างเชื่องช้าเนื่องจากการลงทุนจากภาคเอกชนไม่เพียงพอ

¹³ ดู <http://encyclopedia.thefreedictionary.com/Great%20Depression>

¹⁴ ดู http://www.wordiq.com/definition/History_of_the_United_States_%281918-1945%29

ก่อนหน้านี้นักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของ Alfred Dicey นักกฎหมายชาวอังกฤษในข้อความคิดที่ว่า "ประชาชนทุกคน รวมถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและถูกบังคับภายใต้องค์การผู้มีอำนาจเดียวกัน"¹⁵ เป็นเหตุให้มีการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการปกครองต่ำและไม่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเพื่อพิจารณาคดีทางปกครองต่างหาก แต่ในยุคของ The New Deal ได้เกิดการเปลี่ยนแนวความคิดดังกล่าว โดยประธานาธิบดี Roosevelt ได้ออกกฎหมาย Walter-Logan Act of 1940 อันเป็นความพยายามครั้งแรกในการสร้างมาตรฐานในการทำคำวินิจฉัยขององค์กรทางปกครอง (agency decision making) โดยสร้างรูปแบบวิธีการและนำการทบทวนของศาล (judicial review) มาใช้กับคำตัดสินขององค์กรทางปกครอง และจากรายงานของ Attorney General's Committee ซึ่งสนับสนุนให้มีกฎหมายเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นมาตรฐานกลางเข้ามาควบคุม โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องให้องค์กรมีอำนาจในการสร้างรูปแบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาและการกำหนดโครงสร้างองค์กรของตนเอง ต่อมาในปี ค.ศ. 1946 สภาคองเกรสจึงได้ตรา the federal Administrative Procedure Act - APA¹⁶ ขึ้น โดย APA นั้นเป็นเหมือนกับกฎหมายที่ออกมาเพื่อสร้างความชอบด้วยกฎหมายของการปฏิบัติงานขององค์กรทางปกครองที่ก้าวไปก่อนหน้านี้แล้ว¹⁷

และเนื่องจากองค์กรปกครองในระดับสหพันธรัฐเกี่ยวข้องกับภารกิจหลากหลายประการ จึงไม่แปลกเลยที่องค์กรเหล่านี้จะมีรูปแบบที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตามอาจจะกล่าวถึงประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำกฎหมายเกี่ยวกับการก่อตั้งองค์กรสหพันธรัฐเป็นการทั่วไปได้ โดยมีปัจจัยสำคัญอยู่ 5 ประการด้วยกัน กล่าวคือ วัตถุประสงค์ อำนาจ และวิธีการปฏิบัติ โครงสร้าง และสุดท้ายคือ สถานะภายในโครงสร้างองค์กรของสหพันธรัฐ¹⁸

(1) วัตถุประสงค์ (Purposes) - อาจเป็นไปเพื่อการพัฒนา (developmental) สวัสดิการสังคม (social welfare) กำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจของภาคเอกชน (regulate private economic activities)¹⁹ และการคุ้มครองสุขภาพและความปลอดภัย (protection of health and safety) หรือเพื่อความมั่นคงแห่งชาติ (national defense)

(2) อำนาจ (Powers) - การที่องค์กรจะทำการบรรล่วัตถุประสงค์ที่ได้รับจะต้องมีอำนาจที่จำเป็นในการกระทำการกิจที่ได้รับมอบหมาย ซึ่งจะต้องเป็นเครื่องมือที่กฎหมายกำหนดให้ เช่น การออกกฎ (regulatory) การ

¹⁵ Jerry L. Mashaw, Richard A. Merrill, Peter M. Shane. Administrative Law, the American public law system: cases and materials, p. 8.

¹⁶ 5 U.S.C. § 551

¹⁷ Jerry L. Mashaw, Richard A. Merrill, Peter M. Shane. Administrative Law, the American public law system: cases and materials, p. 9.

¹⁸ Ibid., pp. 12 - 21.

¹⁹ FTC อยู่ในส่วนนี้

ดำเนินคดี (prosecutorial) และการให้ข้อมูล (informational) แต่ในทางปฏิบัติองค์กรก็มักจะใช้เครื่องมือทางตรงและทางอ้อมควบคู่กันไป

(3) วิธีการปฏิบัติ (Procedures) - การใช้อำนาจสัมพันธ์กับวิธีการใช้อำนาจ หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งรวมถึงการออกกฎและการทำคำวินิจฉัยนั้นอยู่ใน the federal Administrative Procedure Act 1946 ซึ่งจะต้องพิจารณาควบคู่ไปกับกฎหมายที่ก่อตั้งองค์กรเองและกฎที่ออกตามมา

(4) โครงสร้างขององค์กร (Structure) - การจัดโครงสร้างภายในองค์กรโดยทั่วไปเป็นผลพวงมาจากคำพิพากษาที่สร้างทั้งโดยเจตนาของบทบาทหน้าที่ของภารกิจ อำนาจ และวิธีปฏิบัติของกฎหมายที่ก่อตั้งองค์กรและโดยกฎหมายทั่วไปอื่นๆ หรือคำสั่งเฉพาะที่ใช้กับองค์กรสหพันธรัฐทั้งหมด หรืออะไรก็ตามที่เป็นกฎหมายเฉพาะขององค์กรเหล่านี้

(5) สถานะภายในโครงสร้างองค์กรของสหพันธรัฐ (Its location within the federal establishment) - ปัจจัยในการจัดวางโครงสร้างขององค์กรเพื่อให้สามารถทำภารกิจที่ได้รับมอบหมายอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุดนั้นมักจะขึ้นอยู่กับกระทรวงที่องค์กรนั้นสังกัด หรืออาจเป็นองค์กรที่ดำเนินการโดยไม่สังกัดภายใต้กระทรวงใด

ภารกิจในทางปกครองทั้งหมดของรัฐบาลกลางได้ดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐภายใต้ฝ่ายบริหาร โดยอยู่ในความดูแลของรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งหรือรับผิดชอบโดยตรงต่อประธานาธิบดีจวบจนกระทั่งใกล้จะสิ้นสุดปีคริสต์ศักราชที่ 19 อย่างไรก็ตาม สำหรับ ICC ซึ่งถือกำเนิดในรูปแบบของหน่วยงานทางปกครองรูปแบบใหม่ซึ่งมีลักษณะแตกต่างออกไปทั้งสถานะ (location) และโครงสร้าง (structure) โดย ICC จัดเป็นองค์กรที่อยู่นอกเหนือและเป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร และมีได้เป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายนิติบัญญัติ²⁰ โดยองค์กรจะบริหารโดยคณะกรรมการจำนวน 5 คน มีไซคนเพียงคนเดียว²¹

ขนาดของคณะกรรมการ (the size of the commission) ระยะเวลาในการดำรงตำแหน่ง (the length of the terms) และการที่การทำงานของคณะกรรมการจะไม่สิ้นสุดลงในคราวเดียว เป็นองค์ประกอบสำคัญของโครงสร้างองค์กรที่เป็นอิสระ ด้วยรูปแบบดังกล่าวประธานาธิบดีจึงเข้ามามีอิทธิพลผ่านการแต่งตั้งอย่างที่ทำในฝ่ายบริหารได้ไม่มากนัก โดยสภาคองเกรสยังสร้างข้อจำกัดอำนาจในการแต่งตั้งของประธานาธิบดีอีกด้วย โดยประการแรก คือ จะต้องไม่มีคณะกรรมการที่มาจากพรรคการเมืองเดียวกันเป็นจำนวนเท่ากับเสียงส่วนใหญ่ของสมาชิกในคณะกรรมการ²² ทั้งนี้ก็เพื่อรักษาสมาคมดุลให้คณะกรรมการเป็นที่ยอมรับจากทั้งฝ่ายรัฐบาลและฝ่าย

²⁰ เนื่องจากมีบทบาทหน้าที่ในขอบเขตของการนิติบัญญัติ ต่อมาจึงถูกเรียกว่า “แขนของสภาคองเกรส” (arm of Congress) หรือ “คณะอนุกรรมการของสภาคองเกรส” (committee of Congress) จาก Jerry L. Mashaw, Richard A. Merrill, Peter M. Shane. *Administrative Law, the American public law system: cases and materials*, p. 24.

²¹ *Ibid.*, p. 23.

ค่าน และนอกจากนั้นสภาพของเกรสยังจำกัดอำนาจของประธานาธิบดีในการถอดถอนคณะกรรมการในองค์กรอิสระออกจากตำแหน่งโดยให้การใช้อำนาจนี้อยู่ภายใต้เงื่อนไข “ความไร้ประสิทธิภาพ ละทิ้งหน้าที่ หรือการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ” (inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office) แต่สภาพของเกรสก็ไม่สามารถจำกัดการมีอิทธิพลของประธานาธิบดีเหนือนโยบายทางการปกครองได้ โดยในระยะแรกหน้าที่หลักขององค์กรอิสระเกี่ยวข้องกับการสร้างคำวินิจฉัยต่อเอกชนเป็นรายบุคคล เช่น การให้อนุญาต การกำหนดอัตรา การปฏิบัติทางการค้าหรือแรงงานอันไม่เป็นธรรมที่คณะผู้วินิจฉัยเห็นสมควร โดยในระยะหลังก็มีข้อวิจารณ์ให้องค์กรเหล่านี้มาให้ความสำคัญกับการสร้างนโยบายทั่วไป (เช่น การออกกฎ) และในการบริหารทางปกครองมากขึ้น²³

การสร้างองค์กรทางปกครองรูปแบบใหม่ (new administrative agencies and programs) ทั้งหลายมีการเพิ่มขึ้นอย่างมากในช่วงเวลาที่ผ่านมาโดยเกิดขึ้นในระหว่างช่วงปี ค.ศ. 1960 ถึง ค.ศ. 1970 ซึ่งสภาพของเกรสได้สร้างองค์กรกว่า 30 องค์กรในช่วงเวลานั้นเพื่อรับมือกับการเพิ่มขึ้นอย่างมากมาของความต้องการสาธารณะ (public demand) ในการกำจัดการเลือกปฏิบัติต่อความแตกต่างกันทางเพศและเชื้อชาติ การส่งเสริมความปลอดภัยของผู้ใช้แรงงานและผู้บริโภค คุ้มครองสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของปัจเจกชน รวมถึงป้องกันการฉ้อโกงผู้บริโภค ซึ่งองค์กรใหม่เหล่านี้ไม่เพียงแต่ขยายขอบเขตการดำเนินงานของสหพันธรัฐ (the federal government) แต่ยังสะท้อนให้เห็นถึงวิกฤติการณ์ของภารกิจที่รัฐต้องเข้ามารับผิดชอบต่อและโครงสร้างของการจัดวางองค์กร อันเป็นปัญหาซึ่งเหล่าองค์กรที่มีอยู่ก่อนหน้านั้นไม่อาจรับมือได้²⁴

องค์กรใหม่เหล่านี้มีความแตกต่าง กล่าวคือ มีภารกิจที่เฉพาะเจาะจง มีการใช้อำนาจเฉพาะในภารกิจที่ตนรับผิดชอบเพียงอย่างเดียว (ไม่เป็นการทั่วไป) และดุลพินิจในการบังคับใช้กฎหมายก็มีอยู่อย่างจำกัด กระบวนการในการดำเนินการนั้นเปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนได้เสียเข้ามามีส่วนร่วมได้ง่ายขึ้น รวมถึงอำนาจขององค์กรเหล่านี้จะมุ่งใช้ในการก่อตั้งนโยบายหรือหลักเกณฑ์ของภารกิจที่รับผิดชอบโดยการใช้กฎทั่วไปมากกว่า

อาจกล่าวได้ว่าการเพิ่มขึ้นของจำนวนภารกิจของรัฐมาจากความจำเป็นอันเร่งด่วนต่อการเข้าสู่ยุคใหม่ (the imperatives of modernization) สินค้าสาธารณะโดยธรรมชาติ (the nature of public goods) การแทนที่ของรัฐในสวัสดิการสังคมที่เดิมเคยเป็นบทบาทของสถาบันครอบครัวและเอกชน ความเปลี่ยนแปลงในอุดมคติในสังคม (changes in public ideology) และคำวินิจฉัยที่ให้ผลประโยชน์แก่ตนเองขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหาร โดยวิกฤติการณ์ภายในประเทศสหรัฐอเมริกาในอดีตจนถึงการขยายตัวขององค์กรรัฐนั้นเป็นผลมาจาก เหล่าสงครามครั้งสำคัญต่างๆ (major wars) สภาวะเศรษฐกิจถดถอย (the Depression) ความเคลื่อนไหวของการเรียกร้องสิทธิพลเมือง (the civil rights movement) และวิกฤติการณ์ทางด้านพลังงานในช่วงปี ค.ศ. 1973 - 74 (the energy crisis of 1973 - 74)

3.1.2.2 การจัดวางโครงสร้างองค์กรที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจของมหาชน

²² ในองค์กร FTC กรรมการอาจมาจากพรรคการเมืองเดียวกันเป็นจำนวน 3 ใน 5 คน ซึ่งเป็นเสียงส่วนใหญ่ได้

²³ Ibid., p. 25.

²⁴ Ibid., p. 6.

การบริหารและบังคับใช้กฎหมายจะมีหน่วยงานของรัฐทำหน้าที่แบ่งเป็น 2 หน่วยงาน คือ แผนกป้องกันการผูกขาดของกระทรวงยุติธรรมและคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลางที่เกิดขึ้นจากพระราชบัญญัติคณะกรรมการการค้าสหพันธรัฐ ค.ศ. 1914 (Federal Trade Commission Act) นอกจากนี้ กฎหมายป้องกันการผูกขาดยังกำหนดเครื่องมือในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดอีกประเภทหนึ่งที่ว่ามีส่วนร่วมในการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพนั่นคือ การกำหนดให้สิทธิเอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ 3 เท่า พร้อมทั้งค่าใช้จ่ายในคดีและค่าทนายความอันมีเหตุสมควร โดยในงานวิจัยฉบับนี้จะศึกษาเน้นในส่วนของโครงสร้างและบทบาทของคณะกรรมการการค้าสหพันธรัฐและการฟ้องคดีโดยเอกชนเป็นหลัก

3.1.2.3 การบริหารและบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐ

(ก) แผนกป้องกันการผูกขาดแห่งกระทรวงยุติธรรม (Antitrust Division of the Department of Justice)

แผนกป้องกันการผูกขาดเป็นหน่วยงานหนึ่งภายใต้กระทรวงยุติธรรม ทำหน้าที่เสมือนเป็นสำนักงานกฎหมายรับผิดชอบในการบังคับใช้ทั้ง Sherman Act และ Clayton Act ทั้งทางแพ่งและทางอาญา โดยส่วนใหญ่แผนกป้องกันการผูกขาดจะดำเนินคดีทางอาญาต่อเมื่อเป็นความผิดที่ร้ายแรง (hardcore antitrust offense) อาทิเช่น การกำหนดราคา (price fixing) การเข้าประมูลโดยมิชอบ (bid rigging) ซึ่งส่งผลเสียหายอย่างร้ายแรง (anticompetitive effect is excessive)²⁵

แผนกป้องกันการผูกขาดมีอำนาจในการออกหมายเรียก (subpoena power) ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา เพื่อให้บุคคลมาให้การ (oral information) หรือเพื่อขอเอกสารหลักฐาน (documentary information) จากธุรกิจที่ถูกกล่าวหาและผู้ที่เกี่ยวข้อง อาทิ ผู้จัดจำหน่าย (suppliers) ธุรกิจที่แข่งขัน (competitors) ลูกค้า (customers) และพนักงาน (employees)²⁶

แผนกป้องกันการผูกขาดมีผู้บริหารสูงสุด คือ ผู้ช่วยอัยการสูงสุด (Assistant Attorney General) ซึ่งจะถูกเสนอชื่อ (nominated) โดยประธานาธิบดีและได้รับการรับรอง (confirmed) โดยวุฒิสภา แผนกป้องกันการผูกขาดมีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายทั้งทางแพ่งและทางอาญา โดยในทางแพ่งแผนกป้องกันการผูกขาดมีอำนาจในการสั่งให้ธุรกิจดำเนินการหรือไม่ดำเนินการใดๆ ได้ (equitable relief e.g. an injunction forbidding specific conduct) และในกรณีที่เป็นโจทก์แทนสหรัฐอเมริกาสามารถเรียกค่าเสียหายได้ถึงสามเท่าของความเสียหายที่เกิดขึ้น (treble damages) โดยกำหนดอายุความ 4 ปีของการฟ้องคดีโดยเอกชนตามที่ระบุไว้ใน

²⁵ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย (การศึกษาทางด้านกฎหมาย). งานวิจัย เสนอต่อกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์. สิงหาคม 2542, หน้า 2-22. [Online]. Available: <http://www.lawreform.go.th/lawDocumentDetail.jsp?groupID=17&groupType=P>

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2-22 ถึง 2-23.

มาตรา 4b ของ Clayton Act จะไม่นำมาใช้บังคับกับการดำเนินคดีโดยแผนกป้องกันการผูกขาดหรือคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ²⁷

แผนกป้องกันการผูกขาดเท่านั้นที่มีอำนาจในการดำเนินคดีอาญาเกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยต้องดำเนินการภายใน 5 ปีนับแต่เกิดการกระทำผิด แต่ถ้าการกระทำผิดนั้นได้ดำเนินการมาอย่างต่อเนื่อง (illegal conspiracy is continuing in nature) ระยะเวลาเริ่มต้นให้นับจาก "การกระทำครั้งสุดท้าย" (last act) และเพื่อเป็นการสนับสนุนและจูงใจให้มีการเปิดเผยเกี่ยวกับการกระทำผิดให้มากขึ้น แผนกป้องกันการผูกขาดได้ออก Corporate Leniency Policy, August 10, 1993 เพื่อนิรโทษกรรมให้กับธุรกิจ (corporation) ที่ให้ข้อมูลหรือรายงาน (report) เกี่ยวกับการกระทำผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด และให้ความร่วมมือในการสอบสวนคดีอาญา หมายความว่าธุรกิจที่รายงานหรือให้ข้อมูลจะไม่ได้รับโทษทางอาญาเกี่ยวกับความผิดที่ให้ข้อมูลนั้น โดยต้องมาให้ข้อมูลหรือรายงานก่อนเริ่มการสอบสวน และต้องอยู่ในเงื่อนไขตามที่ระบุในข้อ A ของ Policy ซึ่งมี 6 ประการ ดังนี้²⁸

- 1) เมื่อธุรกิจมาให้ข้อมูลหรือรายงานดังกล่าว แผนกป้องกันการผูกขาดยังไม่เคยได้รับข้อมูลนั้นจากแหล่งใดๆ มาก่อน
- 2) เมื่อธุรกิจนั้นค้นพบว่ามี การกระทำผิดข้างต้น ก็ได้หยุดการมีส่วนร่วมกับการกระทำผิดนั้นอย่างสิ้นเชิงในทันที (took prompt and effective action to terminate its parts in the activity)
- 3) ธุรกิจได้ให้ข้อมูลหรือรายงานอย่างเปิดเผยตรงไปตรงมา (candor) และสมบูรณ์ (completeness) ขณะเดียวกันก็ให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่ และต่อเนื่องกันกับแผนกป้องกันการผูกขาดในตลอดกระบวนการสอบสวน
- 4) คำสารภาพในการกระทำผิด ถือว่าเป็นการกระทำของบริษัทซึ่งแยกต่างหากจากคำสารภาพของผู้บริหารหรือพนักงานแต่ละคน
- 5) ธุรกิจควรชดใช้ความเสียหายให้กับผู้ที่ได้รับความเสียหาย หากเป็นไปได้
- 6) ธุรกิจมิได้ขู่บังคับ (coerce) บุคคลใดให้เข้ามามีส่วนร่วมในการกระทำผิด และเป็นที่ยึดมั่นว่าธุรกิจไม่ได้เป็นผู้นำ (leader) หรือผู้ริเริ่ม (originator) ในการกระทำผิด

ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมาให้ข้อมูลหรือรายงานหลังจากที่เริ่มมีการสอบสวนแล้วตามข้อ B(7) ระบุว่าแผนกป้องกันการผูกขาดอาจพิจารณาว่าควรให้นิรโทษกรรมแก่ธุรกิจก็ได้ ถ้าการให้นั้นมีได้ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ใด โดยต้องคำนึงถึงกระบวนการกระทำผิด บทบาทของผู้ประกอบธุรกิจนั้นในการกระทำผิดและช่วงระยะเวลาที่ผู้ประกอบธุรกิจมาให้ข้อมูลประกอบกัน ในท้ายที่สุด อัยการสูงสุดจะเป็นผู้ให้คำตัดสิน (final decision)ว่าจะนิรโทษกรรมให้กับผู้ประกอบธุรกิจหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นการให้ข้อมูลเมื่อใด โดยพิจารณาจากหลักฐานและข้อมูลตามที่ Office of Operations ได้เสนอมา²⁹

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2-26.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2-26 ถึง 2-27.

การที่สหรัฐอเมริกาได้ออกกฎเกณฑ์นี้ ถือได้ว่าเป็นการแก้ไขปัญหาการบังคับใช้กฎหมายในระดับหนึ่ง เพราะปัญหาที่แต่ละประเทศประสบ คือ การได้มาซึ่งข้อมูลหรือหลักฐานที่จะพิสูจน์ถึงการกระทำความผิด เพื่อนำมาใช้ประกอบในการดำเนินคดี การนิรโทษกรรมตามหลักเกณฑ์ข้างต้นเป็นทางออกที่ดี เงื่อนไขที่วางไว้มีความเหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การที่ธุรกิจควรจะชดเชยความเสียหายให้กับผู้ที่ได้รับความเสียหายในระดับหนึ่ง และการที่เขามาให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ เขาก็ได้รับการยกเว้นโทษทางอาญา ซึ่งเป็นการจูงใจที่ดี³⁰

การทำความตกลงยินยอมต่อศาล (Consent Decrees)

(ก) ธรรมชาติและความสำคัญ (Nature and significance)

การดำเนินการเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดในทางแพ่งส่วนใหญ่กระทำโดยแผนกป้องกันการผูกขาดแห่งกระทรวงยุติธรรมที่สามารถหาข้อสรุปโดยทำความตกลงกับจำเลย และยื่นข้อตกลงดังกล่าว (proposed consent decree) ผู้ศาลให้ศาลทำเป็นบันทึกความตกลงออกมาที่เรียกว่า "ข้อตกลงยินยอม" (consent decree) ซึ่งสามารถกระทำได้ทุกเวลาไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนหลังจากที่ได้ยื่นคำฟ้องแล้ว ขั้นตอนหลังจากได้รับข้อมูลจากจำเลยก่อนที่จะมีการพิจารณา (discovery) ขั้นตอนหลังจากการพิจารณาได้เริ่มขึ้นแล้ว และขั้นตอนหลังจากที่ได้มีการพิจารณาตัดสินให้มีความรับผิด (adjudication of liability) หรือแม้แต่ขั้นตอนหลังจากได้มีการพิจารณาตัดสินโดยไม่ก่อให้เกิดความรับผิดใดๆ (adjudication of nonliability) ซึ่งไม่ค่อยจะเกิดขึ้นโดยอาจเป็นไปได้ในกรณีที่จำเลยชนะคดีและเกรงว่าการอุทธรณ์ขององค์กรรัฐจะทำให้ผลเปลี่ยนไป³¹

บทบัญญัติในเรื่องข้อตกลงยินยอมไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นถึงสถานะทางกฎหมายและในบางครั้งจำเลย (ไม่ว่าจะถูกกดดันหรือไม่ก็ตาม) ก็มีความเห็นว่าบทบัญญัติในเรื่องนี้อาจไม่จำเป็นต้องกระทำโดยศาลเท่านั้น และความตกลงนี้ก็ไม่ต้องถูกตีความไปไกลอย่างที่ศาลต้องการ เนื่องจากการยากที่จะคาดได้ว่าจำเลยจะเห็นด้วยกับบทบัญญัติทั้งหมดที่เป็นไปได้ว่าจะให้ผลลัพธ์จากการพิจารณาในเรื่องที่เกี่ยวกับความรับผิดและการเยียวยาความเสียหายที่เป็นผลเสียต่อจำเลยเอง ด้วยค่าใช้จ่ายจำนวนมากและเวลาที่เสียไปในการดำเนินคดีป้องกันการผูกขาด การทำความตกลงยินยอม (consent settlement) ได้เสนอประโยชน์ที่ชัดเจนต่อทั้งจำเลยและรัฐ กล่าวคือ กระทรวงยุติธรรมสามารถระงับการฟ้องร้องในการบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่อย่างจำกัดในการดำเนินคดีได้มากขึ้น ซึ่งทำให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดเป็นผลดีอย่างกว้างขวาง โดยยากที่จะทำสำเร็จเช่นนี้ได้หากจะต้องมีการดำเนินคดีครบกระบวนการทุกคดี การทำความตกลงยังช่วยให้เกิดผลดีต่อจำเลยซึ่งต้องการที่จะหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่าย การมีข่าวออกไปสู่สาธารณะ และการที่ธุรกิจจะต้องหยุดชะงักจากกระบวนการค้นหาข้อมูลก่อนพิจารณา (business disruption of discovery procedures) และ

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2-27.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2-27.

³¹ Phillip Areeda. *Antitrust Analysis Problem, Text, Cases*. 3rd ed. (Boston: Little, Brown and Company, 1981), p. 64.

การพิจารณาคดี รวมถึงค่าเสียหายจำนวน 3 เท่าที่จะตามมาหากภายหลังจากพิจารณาแล้วจำเลยต้องมีความรับผิด³²

(ข) การปรับปรุงแก้ไข (Modification)³³

ทั้งรัฐและจำเลยอาจร้องขอต่อศาลเพื่อทำการปรับปรุงแก้ไขความตกลงยินยอมที่ออกไปก่อนหน้านี้ แต่บ่อยครั้งที่ศาลจะให้เนื่องจากการคัดค้านของฝ่ายอื่นเพื่อให้ศาลถึงเลวจะเป็นการทำให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียผลประโยชน์จากข้อตกลงที่ได้ทำไว้แล้ว ในคดี the Swift ศาลสูงสุดได้สร้างพื้นฐานในการพิจารณาโดยกำหนดให้จำเลยที่ต้องการเปลี่ยนเงื่อนไขข้อบังคับที่ปรากฏในความตกลงยินยอมรับภาระการพิสูจน์ที่มีมาตรฐานสูงมาก และการทดสอบในคดี Swift ได้ถูกนำมาประยุกต์ใช้เข้ากับการขอให้ศาลปรับปรุงแก้ไขโดยรัฐเช่นกัน แต่มีมาตรฐานที่ย่ำแย่กว่าสำหรับในกรณีรัฐเป็นฝ่ายยื่นขอ และในทุกกรณีการปรับปรุงแก้ไขที่เกิดจากความประสงค์ของคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียวอาจกระทำได้โดยศาลภายใต้พยานหลักฐานที่ยื่นในชั้นพิจารณาเท่านั้น

(ค) ผลประโยชน์ของบุคคลภายนอก (Third-party interests)

บุคคลภายนอกไม่อาจทำการเรียกร้องค่าเสียหาย หรือริเริ่มกระบวนการพิจารณาความผิด ในการฝ่าฝืนข้อตกลงยินยอมของจำเลย และการที่ Clayton Act มาตรา 5 (a) ได้ยอมให้ใช้ความตกลงยินยอมที่สร้างขึ้นระหว่างการพิจารณาคดีในศาล (a litigated decree) เป็นพยานเบื้องต้น (prima facie evidences) สำหรับความรับผิดในกรณีที่เอกชนฟ้องจำเลย อันเป็นการห้ามอย่างชัดเจนในการใช้ความยินยอมที่เกิดก่อนการพิจารณาคดีมาเป็นพยานเบื้องต้น แน่นนอนว่าเมื่อความรับผิดยังไม่ได้ถูกพิจารณา ความตกลงยินยอมก็อยู่ในสถานะที่เกือบจะไม่มีผลซึ่งถือว่าไม่ใช่ทั้งข้อตกลงที่อยู่บนพื้นฐานของคุณธรรมและไม่ใช่ทั้งการยอมรับผิดในฐานะที่เป็นจำเลย แต่ในเฉพาะบางคดีเท่านั้นที่รัฐได้เจรจาต่อรองให้จำเลยตกลงยอมรับผิดในข้อตกลงยินยอม (a nonlitigated consent decree) เพื่อให้มีผลเป็นพยานเบื้องต้นในคดีที่ฟ้องโดยเอกชน³⁴

บุคคลภายนอกได้มีความพยายามมากขึ้นในการเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการตกลงยินยอมโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับให้รัฐดำเนินคดี หรือให้จำเลยยอมรับผิด หรือเปลี่ยนข้อตกลงที่ได้ทำกัน ในคดี EL Paso ศาลสูงสุดได้กลับคำตัดสินที่ปฏิเสธการเข้ามาในคดีของเอกชน ณ ขั้นตอนการทำคำสั่งยินยอมของคดีป้องกันการผูกขาด นับแต่นั้นคู่กรณีที่เป็นเอกชนได้พยายามอย่างมากที่จะอ้างเอาบทบัญญัติมาตรา 24 (a) (2) แห่ง Federal Rule of Civil Procedure ซึ่งให้สิทธิในการเข้าสู่คดีในกรณีที่มีผู้ร้องขอสามารถแสดงให้เห็นว่า (1) ความสามารถของผู้ร้องในการปกป้องผลประโยชน์ในทรัพย์สินหรือธุรกรรม (ในความเป็นจริง) จะถูกทำให้เสียไป

³² Ibid., p. 64.

³³ Ibid., pp. 64 - 65.

³⁴ Ibid., pp. 65 - 66.

โดยคำตัดสิน (disposition) ที่ศาลมีต่อจำเลย และ (2) ผลประโยชน์นั้นคู่ความที่อยู่ในศาลไม่ได้นำเสนอออกมาอย่างชัดเจนเพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครอง อย่างไรก็ตามความพยายามเหล่านี้ก็ไม่เป็นผลสำเร็จเสียส่วนใหญ เพราะเหตุที่มีสมมติฐานต่อการนำเสนอคดีโดยรัฐ (โดยแผนกป้องกันการผูกขาด) ว่าย่อมมีความหนักแน่นเพียงพอ และไม่มีความเกี่ยวข้องในผลประโยชน์ส่วนตัวของผู้ที่ขอเข้ามาในคดีอย่างเพียงพอ รวมถึงศาลส่วนมากเห็นว่าการฟ้องในคดี EL Paso เป็นกรณีเฉพาะจริงๆ และเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงเฉพาะในคดีนี้³⁵

อย่างไรก็ดี กระบวนการทำความตกลงยินยอม (the consent settlement process) ก็ไม่อาจเพิกเฉยต่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกได้ โดยเฉพาะหลังจากที่ได้มีการตราบทบัญญัติมาตรา 5 (c) - (h) แห่ง Clayton Act เพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1974 ซึ่งได้สร้างกระบวนการที่ซับซ้อนเกี่ยวกับการทำความตกลงยินยอมขึ้น แม้ว่าว่าการเจรจาทำความตกลงยังเป็นเรื่องส่วนตัว แต่ข้อตกลงที่จะทำขึ้น (proposed decree) จะต้องเผยแพร่สู่สาธารณชนเป็นเวลา 60 วันก่อนถึงวันบังคับใช้ เว้นแต่ศาลเห็นสมควรกำหนดระยะเวลาที่สั้นกว่านั้นโดยพิจารณาจากปัจจัยแวดล้อมในกรณีพิเศษ (extraordinary circumstances) หรือเพื่อไม่ให้เป็นการขัดต่อประโยชน์ของสาธารณะ รัฐต้องตีพิมพ์รายงานผลกระทบต่อการแข่งขัน (competitive impact statement) ที่รายงานการฝ่าฝืนกฎหมาย อธิบายถึงข้อตกลงที่นำเสนอออกมา และผลกระทบของความตกลงต่อการแข่งขันทางการค้าโดยที่การใช้วิธีเยียวยาความเสียหายโดยเอกชนไม่อาจกระทำได้ และกล่าวถึงขั้นตอนการให้สาธารณชนมีส่วนร่วมแสดงความคิดเห็นและความเป็นไปได้ที่จะปรับปรุงแก้ไขข้อตกลงที่นำเสนอ และการประเมินถึงการเลือกทางออกอย่างอื่นที่ได้พิจารณาแล้วจริงๆ โดยรัฐ และรัฐจะต้องรับความเห็นที่เป็นลายลักษณ์อักษรจากสาธารณชนและพิจารณาตามขั้นตอนที่กำหนดไว้

(ง) บทบาทของศาล (Judicial role)³⁶

บทบาทที่เหมาะสมของศาลในการรับรองความตกลงยินยอม (ออกมาในรูป consent decree) ก็เป็นหนึ่งในปัญหาสำคัญ แม้ว่าคำสั่งของศาลที่เกิดจากความตกลงยินยอมนั้นเป็นมากกว่าสัญญาระหว่างคู่กรณี แต่บทบาทของศาลก็ไม่มีที่ชัดเจนแน่นอนว่าคำสั่งที่ออกมาย่อมได้รับการอนุมัติจากศาลก่อนที่จะออกมาบังคับใช้อย่างเป็นทางการ แต่การอนุมัตินี้บ่อยครั้งก็มักจะเป็นไปด้วยความเร่งรีบโดยไม่ได้พิจารณาถี่ถ้วนในรายละเอียด (perfunctory) แต่ศาลก็ได้แย้งด้วยความคิดที่ว่าพวกตนเป็นเหมือนเสมียนที่ต้องประทับตราภายในอะไรก็ตามที่คู่กรณียื่นมาให้ ในบางครั้งศาล (โดยศาลเอง หรือการสนับสนุนของบุคคลภายนอก (amici curiae) หรือบุคคลผู้อาจจะเข้ามาในคดีภายหลัง (a would-be intervenor)) จะทำการพิจารณาหรือออกคำสั่งยินยอมโดยดูจากเงื่อนงำที่ว่าผลประโยชน์ของบุคคลภายนอกได้รับความคุ้มครองหรือไม่เท่านั้น และแม้ว่าศาลเหล่านั้นจะทำพยายามทำการพิจารณาเพื่อประเมินคุณธรรมในการแข่งขันทางการค้าของคำสั่งที่เยียวยาความเสียหายหรืออย่างอื่น ศาลจะไม่พยายามทำการประเมินคุณธรรมของคำสั่งเพื่อทำความตกลง (decision to settle) ของรัฐ เนื่องจากคำสั่งเช่นนั้นก็เหมือนกรณีคำสั่งให้ดำเนินคดี กล่าวคือ อยู่นอกเหนือขอบเขตของเรื่องที่จะให้ศาล

³⁵ Ibid., p. 66.

³⁶ Ibid., pp. 67 - 69.

ทบทวนได้ โดยตามบทบัญญัติในปี ค.ศ. 1974 แสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวข้องของศาลมากขึ้นแม้จะไม่ได้ นำเสนอทางออกเป็นแนวทางให้กับศาลเสียทีเดียว ตามบทบัญญัตินี้ศาลสามารถตรวจสอบความเห็นของ สาธารณชนที่ยื่นต่อรัฐ เพื่อทำการสอบสวน (to take testimony) และใช้ที่ปรึกษาหรือผู้เชี่ยวชาญพิเศษ ศาลจะ ไม่ออกคำสั่งยินยอม (a consent judgment) จนกว่าจะได้พิจารณาแล้วว่า การดังกล่าวเป็นประโยชน์ต่อ สาธารณะ (public interest) ในการทำคำตัดสินศาลอาจพิจารณาถึงผลกระทบของคำตัดสินในประโยชน์ของ สาธารณะที่เกี่ยวข้องที่จะหายไปจากการวินิจฉัยเรื่องราวที่อยู่ในคดี กฎหมายไม่ได้บอกว่าศาลต้องทำอะไรใน การวินิจฉัยคดีโดยปราศจากการพิจารณาคดีและในการที่ศาลไม่อาจจัดสรรทรัพยากรในการดำเนินคดีที่มีอยู่ จำกัดของกระทรวงยุติธรรมได้

(ข) คณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ

ในการทำให้ระบบตลาดเสรีเป็นไปอย่างราบรื่น คณะกรรมการการค้าสหพันธรัฐ (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า FTC) ทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคจากการฉ้อโกง หลอกลวง และการปฏิบัติทางธุรกิจอันไม่เป็น ธรรม และรวมถึงการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดซึ่งป้องกันการควบรวมกิจการและพฤติกรรมทางธุรกิจ โดๆที่เป็นการจำกัดการแข่งขันและก่อความเสียหายให้กับผู้บริโภค โดยภารกิจหลักสูงสุดของ FTC คือการ คุ้มครองผู้บริโภค

นอกจากนั้น FTC ยังทำหน้าที่วิจัยและวิเคราะห์เพื่อสนับสนุนการบังคับใช้กฎหมายขององค์กร และ เพื่อเสนอแนะแนวทางนโยบายต่อสภาองเกรส (the Congress) ฝ่ายบริหาร (the Executive Branch) องค์กร อิสระอื่นๆ และองค์กรบริหารในระดับท้องถิ่นและในระดับรัฐ (state and local governments) ทั้งนี้การปฏิบัติ หน้าที่ของ FTC เกี่ยวข้องอย่างลึกซึ้งกับเศรษฐกิจของคนอเมริกันส่วนใหญ่ และในความเป็นจริง FTC ก็ได้มีส่วน ในการรักษาสภาพตลาดที่มีการแข่งขันมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานสำหรับทั้งผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจ ในปี ค.ศ. 1914 องค์กร FTC ได้ถูกสร้างขึ้นด้วยวัตถุประสงค์ที่จะปกป้องวิธีการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมในทางธุรกิจซึ่งเป็น ส่วนหนึ่งของการต่อสู้เพื่อที่จะทำลายทรัสต์ (Trusts) โดยเมื่อหลายปีผ่านไป สภาองเกรสได้ออกกฎหมาย เพิ่มเติมเพื่อให้อำนาจแก่ FTC มากกว่าเดิมในการปราบปรามพฤติกรรมอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน

โดยในปี ค.ศ. 1938 สภาองเกรสได้ออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติม (the Wheeler-Lea Amendment) ซึ่ง มีบทบัญญัติในการปราบปรามการกระทำหรือพฤติกรรมอันไม่เป็นธรรมและหลอกลวง (unfair and deceptive acts or practices) อย่างกว้างขวาง และนับแต่นั้น FTC ยังสามารถควบคุมกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคอื่นที่มี ความหลากหลายมากขึ้นได้โดยตรงอีกด้วย³⁷ ต่อมาในปี ค.ศ. 1975 สภาองเกรสได้ออก the Magnuson-Moss Act ซึ่งให้อำนาจแก่ FTC ในการออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการค้าซึ่งถือว่าเป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรมหรือ หลอกลวงในอุตสาหกรรมแต่ละประเภท และให้กฎเกณฑ์ทางการค้า (Trade regulation rules) ที่ออกมานี้มี อำนาจบังคับตามกฎหมาย

³⁷ รวมถึง The Telemarketing Sales Rule, the Pay-Per-Call Rule และ the Equal Credit Opportunity Act

การทำงานของ FTC ปฏิบัติการโดยสำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค (Bureau of Consumer Protection) สำนักงานแข่งขันทางการค้า (Bureau of Competition) และสำนักงานเศรษฐกิจ (Bureau of Economics) ซึ่งการดำเนินงานได้รับการสนับสนุนโดยสำนักงานที่ปรึกษาทั่วไป (Office of General Counsel) และสำนักงานภูมิภาค (Regional Offices) อีก 7 แห่ง โดยจะได้ขยายความในรายละเอียดต่อไป

(1) องค์ประกอบของคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ

FTC เป็นองค์อิสระโดยรายงานผลการดำเนินงานต่อสภาองเกรส ประกอบไปด้วยกรรมการจำนวน 5 คน ซึ่งเป็นบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดีโดยคำแนะนำและการรับรองจากวุฒิสภา และสมาชิกของ FTC จะมาจากพรรคการเมืองเดียวกันเกินจำนวน 3 คนไม่ได้ กรรมการแต่ละคนจะอยู่ในวาระได้ไม่เกิน 7 ปี ประธานาธิบดีมีอำนาจตามกฎหมายที่จะแต่งตั้งคนใดคนหนึ่งเป็นประธาน ซึ่งประธานมีอำนาจสูงสุดในการบริหารงานทั้งหมด³⁸ โดยในการแต่งตั้ง FTC ชุดแรก³⁹ได้มีการกำหนดให้กรรมการทั้ง 5 คนมีวาระการดำรงตำแหน่งแตกต่างกันไป คือ 3 ปี 4 ปี 5 ปี 6 ปี และ 7 ปี ตามลำดับ⁴⁰ ประธานาธิบดีจะเป็นผู้กำหนดว่ากรรมการคนใดจะเข้าดำรงตำแหน่งในระยะเวลาเท่าใด แต่บุคคลที่จะเข้ามาดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการต่อไปจะได้ดำรงตำแหน่งเต็มระยะเวลา 7 ปี เว้นเสียแต่ว่าเป็นการดำรงตำแหน่งแทนที่กรรมการคนเดิมที่ต้องออกจากตำแหน่งไป โดยที่ยังไม่หมดวาระก็ให้อยู่เพียงเท่าระยะเวลาที่เหลือ และเมื่อกรรมการหมดวาระแล้วอาจดำรงตำแหน่งต่อไปได้อีกจนกว่าจะได้มีการแต่งตั้งกรรมการคนใหม่ขึ้นมาแทนอย่างถูกต้องตามกฎหมาย และกรรมการจะต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับธุรกิจ หรือเกี่ยวข้องประกอบกิจการเพื่อหาเลี้ยงชีพ หรือความสัมพันธ์ในรูปแบบแรงงานใดๆ (any other business, vocation, or employment) และกรรมการอาจถูกถอดถอนโดยประธานาธิบดีหากปฏิบัติงานโดยไร้ประสิทธิภาพ เพิกเฉยต่อหน้าที่ หรือกระทำผิดในหน้าที่ (inefficiency, neglect of duty, or malfeasance) และตำแหน่งของกรรมการที่ว่างอยู่ไม่ถือเป็นการให้สิทธิต่อกรรมการที่ยังคงอยู่ในการใช้อำนาจทั้งหมดในการดำเนินการในฐานะ FTC⁴¹

คณะกรรมการการค้าสหพันธรัฐ (Federal Trade Commission) นี้เป็นหน่วยงานพิเศษของฝ่ายบริหารที่ต่างจากแผนกป้องกันการผูกขาด (Antitrust Division of the Department of Justice) เพราะแผนกป้องกันการผูกขาดเป็นหน่วยงานของกระทรวงยุติธรรมที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการฟ้องร้องคดีอาญาและการเสาะแสวงหาหลักฐานเพื่อเยียวยาแก้ไขความเสียหายทางแพ่ง แต่ FTC นี้เป็นหน่วยงานพิเศษของฝ่ายบริหารซึ่งมีอำนาจพิเศษในการพิจารณาหรือวินิจฉัยตัดสินคดีเหมือนกับศาล แต่คำตัดสินนี้จะถูกทบทวนตรวจสอบโดยศาล

³⁸ Earl W. Kintner. A Robinson-patman primer: a guide to the law against price discrimination. 2nd ed. (New York: Macmillan Publishing, 1979), p. 306.

³⁹ FTC คณะแรกแต่งตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 25 กันยายน ค.ศ. 1914

⁴⁰ การดำรงตำแหน่งจะสิ้นสุดลง ณ วันที่ 25 กันยายน ค.ศ. 1917, 1918, 1919, 1920 และ 1921 ตามลำดับ

⁴¹ มาตรา 41 แห่ง Federal Trade Commission Act of 1914

(judicial review) ได้ คำสั่งของ FTC นี้ไม่ใช่การลงโทษทางอาญาหรือทางแพ่งสำหรับการกระทำผิดกฎหมายที่เกิดขึ้นมาแล้ว แต่เป็นคำสั่งที่กำหนดมาตรการสำหรับการปฏิบัติทางการค้าในอนาคตเพื่อป้องกันภัยร้ายที่จะเกิดขึ้นกับระบบการแข่งขัน และนอกจากนี้ FTC ยังเป็นองค์กรทางปกครองที่ใหญ่กว่าแผนกป้องกันการผูกขาดของกระทรวงยุติธรรม

องค์กร FTC จะประกอบไปด้วยหน่วยงานหลายฝ่ายด้วยกัน ซึ่งต่างก็มีอำนาจอิสระในการทำหน้าที่ที่แยกจากกัน ทั้งนี้ก็เพื่อสนับสนุนการปฏิบัติภารกิจของคณะกรรมการ โดยมีหน่วยงานที่สำคัญเช่น สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค (Bureau of Consumer Protection) สำนักงานแข่งขันทางการค้า (Bureau of Competition) สำนักงานเศรษฐกิจ (Bureau of Economics) และหน่วยงานทางด้านกฎหมาย (Office of the General Counsel) เป็นต้น โดยมีรายละเอียดพอสรุปได้ดังนี้

ก. สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค (Bureau of Consumer Protection)

ภารกิจของสำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค คือ การคุ้มครองผู้บริโภคจากพฤติกรรมอันไม่เป็นธรรม หลอกลวง หรือฉ้อโกง โดยสำนักงานจะบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคหลายฉบับซึ่งตราโดยสภาองเกรส รวมถึงกฎเกณฑ์ทางการค้า หรือ trade regulation rules ที่ออกมาโดย FTC หน้าที่ของสำนักงานมีหลายประการ คือ การสืบสวนสอบสวนบริษัทเอกชนรายใดรายหนึ่งหรือทั้งอุตสาหกรรมในภาคธุรกิจ (individual company and industry-wide investigations) การพิจารณาทางปกครองและดำเนินคดีต่อศาลสหพันธรัฐ (administrative and federal court litigation) ดำเนินการออกกฎ (rulemaking proceedings) และให้การความรู้ต่อผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจ นอกจากนี้สำนักงานยังมีหน้าที่คอยให้ความช่วยเหลือ FTC ในการชี้แจงข้อมูลต่อสภาองเกรสและหน่วยงานต่างๆ ของรัฐถึงผลกระทบของการกระทำที่อาจเกิดขึ้นต่อผู้บริโภค

ภายในสำนักงานคุ้มครองผู้บริโภคเองได้แบ่งแยกเป็น 6 แผนก (divisions) กับอีก 1 แผนปฏิบัติการ (programs)⁴² โดยแต่ละหน่วยงานก็มีขอบเขตความเชี่ยวชาญและความรับผิดชอบเฉพาะเรื่องของตนเอง

ข. สำนักงานแข่งขันทางการค้า (Bureau of Competition)

สำนักงานแข่งขันทางการค้ามีฐานะเป็นหน่วยงานที่คอยช่วยเหลือ FTC ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันการผูกขาด ทำหน้าที่ค้นหามาตรการป้องกันการควบรวมกิจการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน (to prevent anticompetitive mergers) และการกระทำทางธุรกิจอันขัดต่อหลักการแข่งขันในตลาดเสรีในกรณีอื่นๆ (other anticompetitive business practices in the marketplace) โดยการคุ้มครองการแข่งขันทางการค้า บทบาทของสำนักงานคือส่งเสริมเสรีภาพของผู้บริโภคในการเลือกใช้สินค้าและบริการที่มีอยู่ในตลาดที่เปิดกว้างซึ่งมี

⁴² The Division of Advertising Practices, the Division of Enforcement, the Division of Financial Practices, the Division of Marketing Practices, the Division of Planning and Information, the International Division of Consumer Protection, และ the Consumer Business Education Program.

ความหลากหลายของราคาและคุณภาพที่ผู้บริโภคสามารถสรรหาได้อย่างเหมาะสมกับความต้องการ และเป็น การช่วยเพิ่มโอกาสทางธุรกิจโดยการสร้างตลาดที่เหล่าผู้ประกอบการธุรกิจสามารถเข้ามาแข่งขันกันได้

สำนักงานรับผิดชอบบทบาทข้างต้นโดยการพิจารณาการควบกิจการและการปฏิบัติทางธุรกิจอื่น ๆ ที่มี ความเป็นไปได้ว่าจะมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า และให้คำแนะนำต่อ FTC ในกรณีที่เหมาะสมในการ ดำเนินการบังคับใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค นอกจากนี้สำนักงานยังทำหน้าที่ในการศึกษาวิจัยและ เป็นแหล่งข้อมูลสำหรับนโยบายในเรื่องเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าและจัดหาแนวทางในการดำเนินธุรกิจที่ ถูกต้องตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดย FTC จะให้ความสนใจต่อประเภทของธุรกิจที่มีผลกระทบต่อ ผู้บริโภคอย่างสำคัญเป็นพิเศษ⁴³

กฎหมายป้องกันการผูกขาด (The Antitrust Laws)

สำนักงานคุ้มครองการแข่งขันทางการค้าผ่านทาง การบังคับใช้เหล่ากฎหมายป้องกันการผูกขาด ดังต่อไปนี้

มาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act ซึ่งห้าม “unfair methods of competition.”

มาตรา 1 แห่ง Sherman Act ซึ่งห้าม “every contract, combination..., or conspiracy, in restraint of trade.”

มาตรา 2 แห่ง Sherman Act ซึ่งห้ามบริษัท (company) กระทำการ “monopolize, or attempt to monopolize” ในทางการค้าหรือการพาณิชย์

มาตรา 7 แห่ง Clayton Act ซึ่งห้ามการควบหรือการเข้าไปเป็นเจ้าของกิจการ (mergers and acquisitions) ที่อาจมีผลให้ “substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.”

มาตรา 7A แห่ง Clayton Act⁴⁴ ซึ่งกำหนดให้บริษัทต้องแจ้งต่อ FTC ก่อนที่จะควบกิจการ (requires companies to notify antitrust agencies before certain planned mergers)

รวมถึงบทบัญญัติมาตราอื่นใน Clayton Act และ the Robinson-Patman Act ซึ่งห้ามการเลือกปฏิบัติ ทางด้านราคาอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันทางการค้า และมาตรา 3 แห่ง Clayton Act ในเรื่อง certain types of tying and exclusive dealing arrangements และมาตรา 8 แห่ง Clayton Act ในเรื่อง interlocking directorates and officers

⁴³ ได้แก่ Energy for homes, manufacturing or transportation– electricity, oil and gas; Prescription drugs and health care; Food – consumer products and grocery retailing; and High-tech industries such as computers, broadband Internet access, and cable TV distribution and programming.

⁴⁴ เพิ่มเติมเมื่อปี ค.ศ. 1976 โดย the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act

1) การบังคับใช้กฎหมายกรณีการควบกิจการ (Merger Enforcement) - การควบกิจการส่วนใหญ่เป็นประโยชน์ต่อการแข่งขันและผู้บริโภคเนื่องจากเป็นการให้หน่วยงานทางธุรกิจประกอบการได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยในตลาดที่มีการแข่งขัน ประโยชน์ที่ผู้ประกอบการได้จากต้นทุนที่ต่ำลงจะส่งผลดีต่อผู้บริโภคด้วย แต่ในบางกรณีการควบกิจการซึ่งทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงทั้งยังเป็นการลดตัวเลือกและนวัตกรรมใหม่ๆในตลาดด้วย มีผลทำให้ผู้บริโภคต้องแบกรับภาระดังกล่าวเป็นจำนวนมากทุกๆปีในรูปของราคาสินค้าที่สูงขึ้นโดยมีคุณภาพที่ต่ำลง

สำนักงานแข่งขันทางการค้าทำหน้าที่พิจารณาการควบกิจการเพื่อตัดสินว่ากรณีนี้จะมีความเป็นไปได้ที่จะทำให้ผู้บริโภคเสียหายหรือไม่ โดยทำการสืบสวนและสอบสวนในประเด็นที่อาจจะเป็นปัญหาทั้งหมดและให้คำแนะนำในการดำเนินการบังคับใช้กฎหมายต่อ FTC เมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องคุ้มครองการแข่งขันและผู้บริโภค โดยในขณะที่ FTC ตรวจสอบการควบกิจการได้เป็นเพียงส่วนน้อย แต่การบังคับใช้กฎหมายในกรณีการควบกิจการจะเป็นการช่วยรักษาเงินของผู้บริโภคอย่างมหาศาลในแต่ละปี

2) การบังคับใช้กฎหมายในกรณีอื่นนอกจากการควบกิจการ (Nonmerger Enforcement) - จากการที่สำนักงานได้รับคำถามและคำร้องจำนวนมากทั้งจากผู้บริโภคและผู้ประกอบการธุรกิจจากทั่วประเทศในการกระทำที่อาจเป็นความผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่ไม่ใช่การควบกิจการ เจ้าหน้าที่จะทำหน้าที่ประเมินคำถามและคำร้องเหล่านั้นและในกรณีที่เห็นสมควรก็จะทำการสอบสวนอย่างเป็นทางการ (open a formal investigation) นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ยังตรวจสอบการดำเนินงานของอุตสาหกรรมผ่านทางสื่อสิ่งพิมพ์ทางการค้า รายงานของอุตสาหกรรม และข้อมูลข่าวสารของบริษัทเอง

การบังคับใช้กฎหมายในกรณีนี้ของคณะกรรมการจะเน้นตรงที่พฤติกรรมของผู้ประกอบการซึ่งมีส่วนอย่างสำคัญในการทำให้การแข่งขันเสียไปและทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภค โดยพฤติกรรมเหล่านี้เกี่ยวข้องกับเหล่าคู่แข่งโดยตรง (การร่วมกันในแนวราบ) ผู้จัดหาสินค้าและผู้บริโภค (การร่วมกันในแนวตั้ง) หรือแม้แต่ผู้ประกอบการรายเดียว

สำนักงานให้ความสนใจเป็นพิเศษสำหรับการจำกัดการแข่งขันในแนวนอนหรือข้อตกลงระหว่างคู่แข่งหรือภายในคู่แข่งด้วยกันเองเนื่องจากสิ่งเหล่านี้จะนำไปสู่ผลที่เสี่ยงต่อการทำให้การแข่งขันเสียหาย โดยภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดผู้ประกอบการไม่อาจทำความตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในทางที่เป็นผลเสียต่อผู้บริโภคได้

การศึกษาวิจัยและนโยบายการบังคับใช้กฎหมาย (Research and Policy Studies)

เนื่องด้วยคณะกรรมการได้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อเป็นทรัพยากรทางข้อมูลเศรษฐกิจและผู้เชี่ยวชาญภายใต้บทบาทนี้โดยปกติสำนักงานจึงมีหน้าที่ทำการวิเคราะห์ปัญหาต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้าที่สำคัญๆ เช่น รายงานให้สภาคองเกรสและสาธารณชนทราบประเด็นที่สำคัญๆเกี่ยวกับประโยชน์ของสาธารณะ

เช่น การตั้งราคาแก๊สหรือผลิตภัณฑ์ปิโตรเลียม และสำนักงานยังมีหน้าที่แจ้งข้อมูลแก่ภาคธุรกิจเกี่ยวกับนโยบายในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด (antitrust enforcement policies) เพื่อให้ภาคธุรกิจสามารถทำความเข้าใจและปรับตัวได้ทัน

โดยรวมกับกระทรวงยุติธรรมสำนักงานจะสร้างแนวปฏิบัติสำหรับการบังคับใช้กฎหมายในกรณีควบกิจการหรือการร่วมมือกัน (collaborations) ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ซึ่งแนวปฏิบัตินี้จะช่วยให้ผู้ประกอบการและที่ปรึกษากฎหมายของเขาได้เข้าใจว่าสำนักงานมีแนวทางในการพิจารณาวิเคราะห์การกระทำที่อาจเป็นความผิดตามกฎหมายอย่างไร

ผู้อำนวยการสำนักงานจะให้คำปราศรัย(speeches)เกี่ยวกับนโยบายในการบังคับใช้กฎหมายและลำดับความสำคัญในปัจจุบันต่อทางภาคธุรกิจและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย ทั้งนี้สำนักงานยังมีหน้าที่ให้ความเห็นเพื่อประเมินความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ (ventures or course of action) ของผู้ประกอบการธุรกิจที่เข้ามาขอคำปรึกษา และข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินงานรวมถึงนโยบายของสำนักงานก็สามารถเข้าถึงได้ง่ายผ่านทางกรรมาธิการที่จัดขึ้นบ่อยๆ โดยมีการแจ้งข่าวและลงในเว็บไซต์ของ FTC

ค. สำนักงานเศรษฐกิจ (Bureau of Economics)

สำนักงานเศรษฐกิจทำหน้าที่ช่วยเหลือ FTC ในการประเมินผลกระทบทางเศรษฐกิจของการดำเนินการของ FTC ซึ่งในการนี้สำนักงานจะทำการวิเคราะห์ข้อมูลทางเศรษฐกิจและสนับสนุนการสืบสวนสอบสวนและการออกกฎเกณฑ์เพื่อคุ้มครองการแข่งขันและผู้บริโภค รวมถึงทำหน้าที่ในการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎเกณฑ์ที่ออกโดยรัฐบาล (government regulation) เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าและผู้บริโภคโดยนำเสนอในรูปแบบการวิเคราะห์เศรษฐกิจภายในกระบวนการทำงานของตลาดที่สัมพันธ์กับการแข่งขันทางการค้า การคุ้มครองผู้บริโภค และกฎเกณฑ์ดังกล่าวต่อสภาองค์กร ฝ่ายบริหาร และสาธารณชน

1) ให้คำปรึกษาทางเศรษฐกิจเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย (Provides Economic Advice for Enforcement) - สำนักงานทำหน้าที่เสนอแนวทางและสนับสนุนการดำเนินงานในส่วนของ การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและคุ้มครองผู้บริโภค ในส่วนของ การป้องกันการผูกขาดสำนักงานมีส่วนในการสืบสวนสอบสวนเพื่อให้การกระทำหรือการปฏิบัติทางการค้านั้นอยู่ภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด (investigation of alleged anticompetitive acts or practices) และให้คำปรึกษาถึงประโยชน์ทางเศรษฐกิจของการกระทำป้องกันการผูกขาดที่เป็นทางเลือก (provides advice on the economic merits of alternative antitrust actions) และเมื่อใดที่เริ่มใช้มาตรการบังคับทางกฎหมายทางสำนักงานจะนำเอาการวิเคราะห์ทางเศรษฐกิจมาใช้กับกระบวนการดำเนินงาน (โดยบางกรณีอาจนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นที่การพิจารณา) และทำงานร่วมกับสำนักงานแข่งขันทางการค้าเพื่อค้นหาวิธีการเยียวยาที่เหมาะสม

ภายในขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค สำนักงานจะทำหน้าที่สนับสนุนและวิเคราะห์การปฏิบัติงานของ FTC ทั้งในการดำเนินคดีและการออกกฎเกณฑ์ที่รับผิดชอบโดยสำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค และ

สำนักงานเศรษฐกิจยังทำหน้าที่วิเคราะห์ระดับการลงโทษที่เหมาะสมเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายกับผู้บริโภค

2) การศึกษาผลกระทบของการออกกฎเกณฑ์และวิธีการอื่นทางนิติบัญญัติ (Studies Effects of Legislative Options and Regulations) - สำนักงานมีส่วนในการให้การสนับสนุนการทำงานของ FTC โดยเหล่าสำนักงานที่กล่าวมาทั้ง 3 ของ FTC นำเสนอความเห็นของตนภายใต้การร้องขอขององค์กรหรือหน่วยงานอื่นของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับผลกระทบของกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าและการคุ้มครองผู้บริโภคตามคำร้องของผู้ร่างกฎหมายหรือเจ้าหน้าที่ขององค์กรรัฐ การให้ความเห็นหรือการข้อสรุปที่ได้จากการพิจารณาพยานหลักฐานและการสืบสวนสอบสวนมักจะเป็นไปเพื่อช่วยในการพิจารณาร่างกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือช่วยในกระบวนการออกกฎขององค์กร และเช่นเดียวกัน ข้อสรุปของสำนักงานอาจถูกนำเสนอต่อศาลแห่งรัฐหรือแม้แต่ศาลแห่งสหพันธรัฐ ซึ่งภารกิจของสำนักงานมีส่วนอย่างสำคัญในการทำให้นโยบายทางการแข่งขันทางการค้าและการคุ้มครองผู้บริโภคสามารถบังคับใช้เป็นผลสำเร็จได้จริง

3) วิเคราะห์กระบวนการของตลาด (Analyzes Market Processes) - สำนักงานทำการวิเคราะห์ทั้งตลาดและอุตสาหกรรมหลากหลายประเภทในประเด็นทางเศรษฐกิจ ซึ่งหน้าที่ในส่วนนี้เน้นตรงผลกระทบต่อเศรษฐกิจของกฎเกณฑ์ที่ออกมาบังคับใช้และปัญหาสำคัญๆ ในนโยบายการป้องกันการผูกขาดและการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งผลการวิเคราะห์ส่วนมากได้รับการตีพิมพ์ในฐานะรายงานซึ่งจัดทำโดยเจ้าหน้าที่องค์กรนั่นเอง

ง. หน่วยงานที่ปรึกษากฎหมาย (Office of the General Counsel)

The General Counsel เป็นเจ้าหน้าที่และผู้ให้คำปรึกษาทางกฎหมายสูงสุด (chief legal officer and adviser) ของ FTC บทบาทหน้าที่หลักของหน่วยงานคือเป็นตัวแทนของ FTC ในศาลและให้คำปรึกษาทางกฎหมายต่อ FTC สำนักงาน และหน่วยงานอื่นๆ

Federal Trade Commission Act มอบอำนาจให้คณะกรรมการดำเนินการด้วยตนเองโดยผ่านทางทนายความของคณะกรรมการเองในศาลสหพันธรัฐ สำนักงานที่ปรึกษากฎหมายของ FTC จึงมีหน้าที่รับผิดชอบการดำเนินงานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายหรือศาล เช่น ได้แจ้งการตรวจสอบของศาลในคำสั่งระงับหรือหยุด และกฎเกณฑ์ทางการค้าของ FTC และบังคับใช้ CIDs⁴⁵ และกระบวนการอย่างอื่นตามกฎหมาย โดยสำนักงานจะทำหน้าที่ให้คำแนะนำ FTC และพนักงานเจ้าหน้าที่ในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายและนโยบาย และคอยให้ความช่วยเหลือ FTC ในการปฏิบัติตามกฎหมายและกฎระเบียบต่างๆ เช่น the Administrative Procedure Act, the Government in the Sunshine Act, the Freedom of Information Act, the Civil Service Reform Act, the Ethics in Government Act, และ the Commission's Rules of Practice เป็นต้น

⁴⁵ ดูรายละเอียดในหัวข้อ อำนาจในการสืบสวนสอบสวนของ FTC

ส่วนหน่วยงานของ FTC อื่นๆที่ควรรู้จักแต่ไม่ได้กล่าวถึงในที่นี้ก็เช่น Regional Offices, Office of Congressional Relations, Office of Public Affairs, Secretary, Executive Director และ Office of Inspector General เป็นต้น

(2) อำนาจและหน้าที่ของคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ

ก. ความรับผิดชอบโดยทั่วไป⁴⁶

อำนาจหน้าที่ของ FTC ได้ถูกบัญญัติไว้ใน มาตรา 5, 6, 7, 8 และมาตรา 9 ของ Federal Trade Commission Act of 1914 ดังข้อความต่อไปนี้

มาตรา 5 บัญญัติว่า FTC มีอำนาจตรวจสอบการกระทำดังต่อไปนี้ คือ “การแข่งขันทางการค้าโดยวิธีการต่างๆ ที่ไม่เป็นธรรมและการปฏิบัติทางการค้าอันเป็นการหลอกลวงหรือไม่เป็นธรรม (unfair methods of competition in commerce and unfair or deceptive practices in commerce) อำนาจนี้ไม่จำกัดเฉพาะแต่เพียงการตรวจสอบการกระทำผิดเกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการห้ามปรามการกระทำผิดความผิดทางด้านธุรกิจเกี่ยวกับการโฆษณาหลอกลวงหรือการโฆษณาเท็จอันเป็นผลร้ายต่อผู้บริโภคและการละเมิดเกี่ยวกับกฎหมายเครื่องหมายทางการค้าอีกด้วย”⁴⁷

มาตรา 6 บัญญัติว่า “FTC มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้ คือ

- 1) มีอำนาจในการสืบสวนสอบสวนรวบรวมข้อมูลต่างๆที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมการปฏิบัติทางธุรกิจของบริษัทห้างร้านต่างๆ ยกเว้น กิจการธนาคารหรือธุรกิจที่มีลักษณะเดียวกัน
- 2) มีอำนาจเด็ดขาดที่จะสั่งให้ผู้ประกอบการทางธุรกิจหรืออุตสาหกรรมต่างๆ (ยกเว้น กิจการธนาคารหรือธุรกิจที่มีลักษณะเดียวกัน) แจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับพฤติกรรมดำเนินงานหรือความสัมพันธ์ของผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้น หรือความสัมพันธ์กับหน่วยธุรกิจอื่นๆ ให้ทาง FTC ทราบ การให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวมานี้ ผู้แจ้งจะต้องกระทำด้วยการสาบานตัว วิธีการเช่นนี้เรียกว่า “ขบวนการทำรายงานชนิดพิเศษ” (Special Report Procedure)
- 3) ทำการสืบสวนสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม (Attorney General) มีหนังสือแจ้งมาให้สอบ

⁴⁶ วิบูลย์ ตั้งกิตติภาภรณ์. การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศไทย. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 110 – 112.

⁴⁷ A.D. Neale. The Antitrust Law of The United States of America: a study of competition enforced by law. 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1970), p. 385.

4) มีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะทำรายงานเผยแพร่ข้อมูลต่างๆสู่สาธารณชน ยกเว้น ข้อมูลที่เกี่ยวกับความลับทางการค้าในวิชาชีพของลูกค้า

5) มีอำนาจตรวจสอบสภาพการค้ากับต่างประเทศในกรณีที่มีการรวมตัวกันของพวกนักธุรกิจหรืออุตสาหกรรมหรือสภาพเศรษฐกิจอื่นๆที่อาจมีผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา"

มาตรา 7 บัญญัติว่า "ในกรณีที่อัยการของแผนกป้องกันการผูกขาดฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด ศาลมีอำนาจที่จะสั่งให้ FTC ทำการตรวจสอบพยานหลักฐานต่างๆที่อัยการส่งศาลเพื่อทำรายงานยืนยันความถูกต้องให้ศาลเกิดความแน่ใจได้"

มาตรา 8 บัญญัติว่า "FTC สามารถใช้อำนาจของประธานาธิบดีในการออกคำสั่งให้หน่วยราชการใดๆทำรายงานส่งข้อมูลต่างๆเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยราชการนั้นกับธุรกิจการค้ารายหนึ่งรายใดไปยัง FTC ได้"

มาตรา 9 บัญญัติว่า "FTC มีอำนาจพิเศษที่จะทำการสืบสวนสอบสวน หรือขอสำเนาเกี่ยวกับเอกสารต่างๆของผู้ประกอบธุรกิจอุตสาหกรรม ด้วยการส่งหมายเรียกพยานบุคคลหรือพยานเอกสารตามที่ FTC เห็นสมควรได้"

บทบัญญัติที่ยกมาข้างต้นแสดงให้เห็นว่า FTC มีอำนาจอย่างกว้างขวางเพื่อตรวจสอบการปฏิบัติทางการค้า และชี้แนะแนวทางที่ถูกต้องต่อผู้ประกอบธุรกิจและอุตสาหกรรมต่างๆให้ปฏิบัติสอดคล้องกับนโยบายการแข่งขันทางเศรษฐกิจ แต่อำนาจเช่นนี้เป็นเพียงอำนาจในการบังคับทางแพ่งเท่านั้น ทั้งนี้เพราะ FTC ไม่มีอำนาจในทางอาญาแต่อย่างใด

ข. กระบวนการยุติข้อพิพาทก่อนเกิดคดี⁴⁸

1) การประนีประนอมยอมความ (Consent settlement)

ทั้งกระทรวงยุติธรรมและ FTC ต่างก็ใช้การตกลงยินยอม (consent decrees and orders) เพื่อหยุดการฝ่าฝืนกฎหมายโดยสร้างมาตรการยอมรับเพื่อยุติข้อพิพาททางศาลหรือองค์การคณะกรรมการ และให้มีสภาพบังคับได้เหมือนกับคำสั่งศาลหรือคำสั่งทางปกครองทั่วไป⁴⁹ กล่าวคือ เมื่อมีผู้เสียหายร้องทุกข์หรือสาธารณชนได้

⁴⁸ วิบูลย์ ตั้งกิตติภาภรณ์. การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศไทย. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 112 – 116.

⁴⁹ Ernest Gellhorn and William E. Kovacic. Antitrust law and economics in a nutshell. (St. Paul, Minn.: West Publ. Co., 1994), p. 450.

กล่าวโทษต่อ FTC ว่าได้มีการกระทำความผิดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาดเกิดขึ้น หรือในกรณีที่เจ้าพนักงานตรวจสอบพบการกระทำผิดด้วยตนเอง เจ้าพนักงานของสำนักงานที่เกี่ยวข้องก็จะทำการสืบสวนรวบรวมข้อมูลหลักฐานเสนอเป็นสำนวนเสนอต่อเจ้าพนักงานผู้พิจารณาคดี (Hearing Examiner) เพื่อทำการสอบสวนพิจารณาคดีต่อไป ก่อนที่จะทำการกล่าวหาอย่างเป็นทางการ (issuance of complain) กฎหมายเปิดโอกาสให้มีการหารือ (negotiation) เพื่อระงับข้อพิพาทก่อนดำเนินคดีได้และเป็นโอกาสสุดท้ายก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการที่อาจทำให้ต้องเสียทั้งเงิน ชื่อเสียง และเวลาในการดำเนินคดี โดยทาง FTC จะเชิญผู้ถูกกล่าวหาทำการเจรจาและแนบร่างคำฟ้องรวมถึงคำสั่งระงับหรือหยุดกระทำการไปด้วย⁵⁰ ซึ่งผู้ถูกกล่าวหาจะต้องตอบกลับมาภายใน 10 วันและทำข้อตกลงให้เสร็จสิ้นภายใน 30 วัน เว้นแต่มีเหตุจำเป็นต้องขยายระยะเวลาออกไป และหลังจาก FTC ยอมรับข้อตกลงที่เสนอจะต้องประกาศให้สาธารณชนได้รับรู้เพื่อแสดงความคิดเห็นอีก 60 วัน แต่หากผู้ถูกกล่าวหาไม่ตอบรับการเจรจาหรือตอบรับแต่ไม่สามารถเจรจาตกลงกันได้เจ้าพนักงานก็จะส่งสำเนาคำฟ้องให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ ในสำเนาคำฟ้องจะระบุการกระทำความผิดพร้อมกับเงื่อนไขข้อกำหนดที่ FTC กำหนดให้ปฏิบัติและคำสั่งของ FTC โดยการพิจารณาคดีจะกระทำโดย the Administrative Law Judge: ALJ ซึ่งอาจถูกตรวจสอบโดย FTC ได้⁵¹ โดยแม้จะได้เริ่มกระบวนการทำคำวินิจฉัย (adjudication) โดยส่งข้อกล่าวหาอย่างเป็นทางการแล้วผู้ถูกกล่าวหายังสามารถยุติคดีโดยการทำความตกลงผ่าน ALJ ซึ่ง FTC จะเป็นผู้พิจารณาในท้ายที่สุดและใช้แนวทางปฏิบัติเดียวกับการทำข้อตกลงก่อนพิจารณาคดี (pre-adjudication consent agreement) การประนีประนอมยอมความนี้ผู้ถูกกล่าวหาจะต้องยอมรับปฏิบัติตามเงื่อนไขที่เจ้าพนักงานกำหนดในคำสั่งเรียกว่า Consent Order ซึ่งคล้ายกับการทำความตกลงในศาล (Consent decree) กรณีที่อัยการเป็นโจทก์ เมื่อมีการทำความตกลงยินยอมนี้แล้ว FTC ก็มีอำนาจบังคับผู้ถูกกล่าวหาตามคำสั่งได้เช่นเดียวกับคำสั่งขั้นสุดท้าย (Final order) ของ FTC และในข้อตกลงจะกำหนดให้ผู้ถูกกล่าวหาสิทธิในการอุทธรณ์สู่ศาล (Judicial review) ไว้⁵² อันถือเป็นการบริหารคดีอย่างมีประสิทธิภาพ

2) ขบวนการกำหนดเงื่อนไข (Stipulation Procedure)

กระบวนการที่เป็นการประนีประนอมยอมความโดยไม่มีการพิจารณาคดีอย่างเป็นทางการอีกวิธีหนึ่งคือ การกำหนดเงื่อนไข หรือที่เรียกว่า (Stipulation) โดย FTC จะแจ้งให้ผู้ประกอบการอุตสาหกรรมทราบว่า การปฏิบัติที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนั้นเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ประกอบการเหล่านั้นมาร่วมประชุมหารืออย่างไม่เป็นทางการกับเจ้าพนักงาน (Informal Conferences) การประชุมหารือเช่นนี้ทำให้ผู้ประกอบการมีโอกาสเข้าเสนอข้อเท็จจริงและความเห็นต่อเจ้าพนักงานและมีส่วนร่วมในการกำหนดเงื่อนไขสำหรับการปฏิบัติในอนาคต เงื่อนไขต่างๆที่ได้ตกลงกำหนดขึ้นนี้ผู้ประกอบการจะต้องยึดถือและปฏิบัติต่อไป การพิจารณารูปแบบ

⁵⁰ Stephanie W. Kanwit. Federal Trade Commission. (Colorado Spring, Colorado: Shepard's Inc, 1979), pp. 12 – 3 ถึง 12 – 4.

⁵¹ Phillip Areeda. Antitrust Analysis Problem, Text, Cases. 3rd ed. (Boston: Little, Brown and Company, 1981), pp. 70 - 71.

⁵² Von Kalinowski. 16K Business Organizations, Antitrust Laws and Trade Regulation. (New York: Matthew Bender, 1979), p. 87 – 7.

นี้ FTC สามารถกระทำเมื่อไรก็ได้ตามแต่เห็นว่าสมควรทั้งนี้เพื่อผลประโยชน์ของสาธารณชน แต่การตัดสินใจอนุญาตให้ผู้ประกอบการมีส่วนร่วมในการกำหนดข้อตกลงนั้น FTC จะพิจารณาจากประวัติของผู้ประกอบการ และข้อเท็จจริงอื่นๆประกอบด้วยเพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นว่าผู้ประกอบการนั้นจะไม่กระทำความผิดซ้ำอีก การปฏิบัติตามข้อกำหนด (Stipulation) นั้นผู้ประกอบการจะต้องทำรายงานเสนอต่อ FTC เป็นระยะๆ เพื่อแสดงให้เห็นว่าตนได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดจนกว่า FTC จะพอใจ

3) การประชุมหรือเพื่อก่อตั้งกฎเกณฑ์การปฏิบัติทางการค้า (Trade Practice Conference)

กระบวนการที่ไม่ใช่การพิจารณาคดีอีกลักษณะหนึ่งของ FTC คือ “การประชุมหรือเพื่อก่อตั้งกฎเกณฑ์การปฏิบัติทางการค้า” (Trade Practice Conference or Trade Regulation Rules Conference) โดย FTC จะมีหนังสือเชิญไปยังผู้ประกอบการอุตสาหกรรมต่างๆ ในอุตสาหกรรมแขนงใดแขนงหนึ่งหรือสมาคมผู้ประกอบการอุตสาหกรรมแขนงใดแขนงหนึ่งให้มาร่วมประชุมปรึกษาหารือกับ FTC เพื่อศึกษาพฤติกรรมของตลาด การให้คำนิยามหรือการตีความตามตัวบท เพื่อวางระเบียบกฎเกณฑ์และข้อห้ามสำหรับการปฏิบัติทางการค้าในธุรกิจชนิดต่างๆ ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ประกอบการได้เห็นแนวทางในการที่จะใช้ปฏิบัติตามเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมาย กฎเกณฑ์ต่างๆเหล่านี้อาจแยกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ

ประเภทที่ 1 ได้แก่ กฎเกณฑ์ประเภทที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมายอย่างเห็นได้ชัด เรียกว่า per se rule เช่น การกำหนดราคา การรวมตัวคว่ำบาตรทางธุรกิจ ฯลฯ ซึ่งการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ประเภทนี้ถือว่ามีผิดตามกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ซ้ำอีก และการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ประเภทนี้จะต้องถูกดำเนินพิจารณาคดีโดยเจ้าพนักงานผู้พิจารณาคดีเท่านั้น

ประเภทที่ 2 ได้แก่ กฎเกณฑ์ที่ FTC ได้เสนอแนะและกำหนดขึ้น การฝ่าฝืนกฎประเภทนี้จะยังไม่ถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย โดยเจ้าพนักงานจะช่วยเหลือเสนอแนะตักเตือนก่อน หากยังมีการฝ่าฝืนอีกก็อาจถูกสอบสวนดำเนินคดีได้

วิธีการเช่นนี้ทำให้ผู้ประกอบการหรือสมาคมผู้ประกอบการสามารถเข้าร่วมประชุมหารือกับ FTC เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์สำหรับเป็นแนวทางในการปฏิบัติทางการค้า อันทำให้ผู้ประกอบการทางอุตสาหกรรมสามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าอย่างเชื่อมั่นว่าการดำเนินธุรกิจและอุตสาหกรรมที่ตนปฏิบัติอยู่นั้นเป็นการกระทำที่ถูกต้องและจะไม่ถูกกล่าวหาว่าเป็นการกระทำความผิดอีก

4) การให้คำปรึกษาเบื้องต้น (Advisory Opinions)

ผู้ประกอบการที่ทำกิจการทางการค้าหากเกิดความไม่แน่ใจว่าการปฏิบัติทางการค้าที่ตนดำเนินอยู่นั้นจะเป็นความผิดหรือจะถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดในอนาคตหรือไม่ย่อมสามารถที่จะทำการไต่ถามขอความเห็นหรือคำรับรองจาก FTC ได้ เพื่อให้ FTC เสนอข้อคิดเห็นและให้คำรับรองยืนยันว่าการปฏิบัติทางการค้าที่ตนกระทำอยู่ซึ่งได้เสนอต่อ FTC เพื่อพิจารณานั้นเป็นการกระทำที่ถูกต้อง ทั้งนี้เพื่อป้องกันตัวเองที่จะถูกองค์กร

FTC ฟ้องร้องในภายหลัง เมื่อ FTC ให้คำแนะนำและรับรองแล้ว การปฏิบัติทางการค้านั้นก็ไม่ได้ถูกกล่าวหาว่าเป็นการกระทำที่ผิดอีกต่อไป เว้นเสียแต่ว่า FTC จะได้ยกเลิกคำแนะนำและคำรับรองนั้น หรือในกรณีที่ผู้ประกอบการมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ได้เสนอขอคำแนะนำจาก FTC

สำหรับการปฏิบัติทางการค้าใดๆ ที่อยู่ในระหว่างเสนอขอความคิดเห็นต่อ FTC นั้นยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดต่อเมื่อ FTC ลงความเห็นแล้วว่าหลักเกณฑ์ปฏิบัติทางการค้าที่ขอความเห็นมานั้นใช้ไม่ได้ การปฏิบัติก่อนหน้านั้นอาจถูกดำเนินคดีได้

วิธีการเช่นนี้เป็นที่ยอมรับกันและมีประโยชน์มาก ได้ถือปฏิบัติกันตลอดมา ต่อมาก็ได้มีการตีพิมพ์ความคิดเห็นและข้อเสนอแนะต่างๆ ของ FTC ขึ้นเป็นรูปเล่ม เพื่อเป็นแนวทางสำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่จะยึดถือปฏิบัติต่อไป

อย่างไรก็ตามในกรณีที่ผู้ประกอบการอยู่ในระหว่างที่ถูกพนักงานอัยการของแผนกป้องกันการผูกขาดทำการสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดีอยู่นั้น หากผู้ประกอบการเสนอไปตามขอความคิดเห็นจาก FTC เกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ตนถูกฟ้องร้องอยู่แล้ว FTC จะไม่ออกความคิดเห็นแต่อย่างใด ทั้งนี้เพราะว่าพนักงานอัยการได้ทำการสอบสวนหรือดำเนินคดีอยู่แล้ว

ค. อำนาจในการสืบสวนสอบสวน⁵³

FTC อาจดำเนินการสอบสวนตามที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในหน้าที่ภายในอาณาเขตส่วนหนึ่งส่วนใดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้⁵⁴ และอาจทำการรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้อง และทำการสืบสวนสอบสวนองค์กร (organization) ผู้ประกอบธุรกิจ (business) การปฏิบัติ (conduct) พฤติกรรม (practices) และการบริหารของบุคคล (person) หุ้นส่วน (partnership) หรือองค์กรธุรกิจ (corporation)⁵⁵ ใดที่เกี่ยวข้อง หรือผลกระทบที่มีต่อธุรกิจของบุคคลเหล่านี้ในด้านการพาณิชย์ แต่ไม่รวมถึงสถาบันที่เกี่ยวกับการธนาคาร เงินฝาก หรือสินเชื่อ⁵⁶ การสืบสวนสอบสวนในกรณีที่ไม่มีการร้องเรียนโดยปกติจะไม่เปิดเผยสู่สาธารณะ แต่บางกรณีการสืบสวนก็อาจเผยแพร่สู่สาธารณชน เช่น ในกรณีการทำธุรกรรมใดซึ่งถูกสืบสวนสอบสวนตามมาตรา 7 และมาตรา 11 แห่ง Clayton Act โดยที่คู่กรณีในธุรกรรมนั้นได้เปิดเผยข้อมูลแก่สาธารณะไปแล้ว

⁵³ A Brief Overview of the Federal Trade Commission's Investigative and Law Enforcement Authority. Provided by Federal Trade Commission. [Online]. Available: <http://www.ftc.gov/ogc/brfovrw.htm>

⁵⁴ FTC Act Sec. 3, 15 U.S.C. Sec. 43

⁵⁵ Corporation นั้นตามความหมายในนิยามศัพท์รวมถึง บริษัท ทรัสต์ หรือห้างหุ้นส่วน ทั้งที่จดทะเบียนและไม่จดทะเบียนใดๆ ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อประกอบธุรกิจอันแสวงหาผลกำไรขององค์กรหรือของผู้ที่เป็นสมาชิก ดู FTC Act Sec. 4, 15 U.S.C. Sec. 44

⁵⁶ FTC Act Sec. 6 (a), 15 U.S.C. Sec. 46 (a)

อำนาจในการสืบสวนสอบสวนเฉพาะของ FTC (specific investigative powers) มีอยู่ในบทบัญญัติ มาตรา 6 มาตรา 9 และมาตรา 20 ของ FTC Act⁵⁷ ซึ่งให้อำนาจในการสืบสวนสอบสวนและรูปแบบกระบวนการ ตามกฎหมายหลายประการด้วยกัน นอกจากนี้ในบทบัญญัติเกี่ยวกับ premerger notification ตามมาตรา 7 A ของ Clayton Act⁵⁸ ยังห้ามทำการรวมกิจการจนกว่าจะได้รับข้อมูลที่ FTC ร้องขอไป อันเป็นบทบัญญัติที่ช่วยให้ FTC สามารถได้รับข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการรวมกิจการได้

1) บทบัญญัติมาตรา 9 และมาตรา 20 แห่ง FTC Act

มาตรา 9 แห่ง FTC Act ให้อำนาจแก่ FTC ในการออกหมายเรียกให้พยานเข้ามาในคดีเพื่อทำการสอบสวน และรวมถึงพยานเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องภายใต้การสืบสวนสอบสวน⁵⁹ กรรมการคนใดคนหนึ่งอาจลงลายมือชื่อในหมายเรียก และทั้งกรรมการและเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ตรวจสอบ (examiners) ขององค์กร FTC สามารถทำการรับฟังข้อมูล (administer oaths) ตรวจสอบพยาน (examine witnesses) และรับพยานหลักฐานได้ (receive evidence)

มาตรา 9 บัญญัติว่า "FTC มีอำนาจพิเศษที่จะทำการสืบสวนสอบสวน หรือขอสำเนาเกี่ยวกับเอกสารต่างๆของผู้ประกอบธุรกิจอุตสาหกรรม ด้วยการส่งหมายเรียกพยานบุคคลหรือพยานเอกสารตามที่ FTC เห็นสมควรได้"

โดยภายใต้ กฎเกณฑ์ของ FTC 2.7⁶⁰ คู่กรณีอาจคัดค้านหมายเรียก (subpoena) ที่ออกมาโดยยื่นคำร้องเพื่อขอให้คำสั่งนั้นตกไป (filing a petition to quash) ซึ่งจะทำให้การพิจารณาโดยคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะ (a designated Commissioner) และการวินิจฉัยของคณะกรรมการนี้อาจนำไปอุทธรณ์ต่อ FTC ได้

หากคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามหมายเรียกทั้งในกรณีที่ยื่นคัดค้านไปแล้วและคำขอถูกปฏิเสธ และกรณีที่ไม่ได้ยื่นคำคัดค้าน FTC จะร้องขอต่อศาลแขวงที่มีเขตอำนาจศาลตามแต่กรณีทำการบังคับให้ปฏิบัติตามหมายนั้น⁶¹ โดยหลังจาก FTC ยื่นคำร้องเพื่อบังคับตามหมายและได้รับการตอบรับจากผู้ที่ได้รับหมาย(คู่กรณี)แล้วศาลอาจสั่งให้ปฏิบัติตามที่ร้องขอ การปฏิเสธไม่ทำตามที่ศาลสั่งเป็นเหตุให้มีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล

สำนักงานแข่งขันทางการค้าจะใช้การออกหมายเรียก (subpoena) ตามมาตรา 9 ในการสืบสวนสอบสวนวิธีการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้าและการกระทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด

⁵⁷ 15 U.S.C. Secs. 46, 49, and 57b-1

⁵⁸ 15 U.S.C. Secs. 18 a

⁵⁹ 15 U.S.C. Sec. 49

⁶⁰ 16 C.F.R. Sec. 2.7

⁶¹ 15 U.S.C. Sec. 49

กรณีอื่นๆ เป็นปกติ ส่วนการสืบสวนสอบสวนของสำนักงานคุ้มครองผู้บริโภคในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1980 ก็ใช้วิธีการออกหมายเรียกเช่นกัน แต่ต่อมามีการแก้ไข FTC Act ในมาตรา 20 (15 U.S.C. Sec. 57b-1) ใหม่⁶² ซึ่งกำหนดให้สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภคใช้เพียงวิธีการที่เรียกว่า Civil Investigative Demands - CIDs ในการสืบสวนสอบสวนการกระทำหรือพฤติกรรมอันไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวง (unfair or deceptive acts or practices) เท่านั้น และในการแก้ไขกฎหมายอีกครั้งในปี ค.ศ. 1994⁶³ ก็เปิดโอกาสให้สำนักงานแข่งขันทางการค้าสามารถใช้ CIDs ได้ นอกจากวิธีการออกหมายปกติสำหรับการกระทำที่อาจเป็นความผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดด้วย

ส่วนขอบเขตของการใช้ CIDs นั้นแตกต่างไปจากการออกหมายเรียก (subpoena) โดยทั้งสองวิธีนั้นใช้ในการเรียกเอกสารและบุคคลมาให้ปากคำ (existing documents or oral testimony) ได้ แต่การใช้ CIDs นั้นสามารถให้ผู้รับคำสั่งยื่นรายงานหรือตอบคำถามเป็นลายลักษณ์อักษรได้ (file written reports or answers to questions)⁶⁴ นอกจากนี้ตามมาตรา 20 ยังแสดงให้เห็นถึงอำนาจในการออก CIDs เพื่อขวัตฤตที่ไม่พบในเขตอำนาจศาลในสหรัฐอเมริกาได้อีกด้วย

เช่นเดียวกับกรณีหมายเรียก ผู้รับ CID อาจยื่นคัดค้านคำสั่งได้ และ FTC อาจมีคำร้องไปยังศาลสหพันธรัฐ (federal district court) เพื่อบังคับตาม CID ในกรณีที่ผู้รับไม่ปฏิบัติตามเช่นกัน แม้ว่าเขตอำนาจของศาลในกรณีการบังคับตาม CID จะแคบกว่ากรณีการออกหมาย (although permissible venue is narrower in a CID enforcement action than in a subpoena enforcement case)

2) บทบัญญัติมาตรา 6 (b) แห่ง FTC Act

เครื่องมือในการสืบสวนสอบสวนอีกประการหนึ่งของ FTC ปรากฏอยู่ในมาตรา 6 (b)⁶⁵ ซึ่งสามารถใช้ได้ทั้งในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคและการแข่งขันทางการค้า โดยกฎหมายให้อำนาจแก่ FTC ในการสั่งให้จัดทำรายงานเป็นรายปีหรือรายงานเป็นกรณีเฉพาะ หรือตอบคำถามเป็นหนังสือเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้ได้มาซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับองค์กร ธุรกิจ การปฏิบัติ ความประพฤติ การบริหารจัดการ และความสัมพันธ์ต่อองค์กรธุรกิจ หุ้นส่วน หรือบุคคลอื่นๆ⁶⁶ ของหน่วยงานที่ได้รับคำสั่งให้นำเสนอข้อมูล และทำนองเดียวกับ subpoenas และ CIDs ผู้รับคำสั่งตามมาตรา 6 (b) อาจยื่นคัดค้านได้และ FTC ก็อาจร้องต่อศาลให้ออกคำสั่งบังคับตามคำสั่งที่ FTC ออกไปได้เช่นกัน นอกจากนี้ FTC อาจยื่นฟ้องคดีต่อศาลสหพันธรัฐภายใต้

⁶² the FTC Improvements Act of 1980

⁶³ the FTC Improvements Act of 1994

⁶⁴ 15.U.S.C. Sec. 57 b – 1 (c) (1)

⁶⁵ 15 U.S.C. Sec. 46

⁶⁶ The organization, business, conduct, practices, management, and relation to other corporations, partnerships, and individuals.

บทบัญญัติมาตรา 10 แห่ง FTC Act กับผู้ใดก็ตามที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งตามมาตรา 6 (a) หลังจากที่ได้รับคำเตือนกรณีไม่ทำตามคำสั่ง (notice of default) จาก FTC แล้ว ทั้งนี้หลังจากสิ้นระยะเวลาอคอย 30 วัน (a thirty-day grace period) แล้ว ฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามจะต้องถูกปรับ 110 เหรียญต่อวัน⁶⁷ จนกว่าจะปฏิบัติตาม (for each day of noncompliance)

อำนาจของ FTC ตามบทบัญญัตินี้ได้ก่อให้เกิดการศึกษาวิจัยทางเศรษฐกิจอย่างกว้างขวางซึ่งอันที่จริงแล้วมิใช่วัตถุประสงค์ของการบังคับใช้กฎหมาย ตัวอย่างเช่น การศึกษาประเภทของธุรกิจ (the "Line-of-Business" study) ในปี ค.ศ. 1970 ซึ่งให้องค์ธุรกิจจัดทำรายงานประจำปีเกี่ยวกับความสามารถในการทำกำไรและข้อมูลอื่นๆ ของธุรกิจของตน และบทบัญญัตินี้ยังทำให้ FTC สามารถได้คำตอบในคำถามบางอย่างในสวนที่เกี่ยวกับการสืบสวนสอบสวนภายใต้การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดได้⁶⁸ เพราะในการออก subpoena นั้น เมื่อไม่มีเอกสารที่มีข้อมูลที่ต้องการอยู่ตั้งแต่แรก ก็ไม่อาจได้มาซึ่งข้อมูลดังกล่าวโดยวิธีออกหมายเรียกได้ และมาตรา 6 นี้ก็ยังให้อำนาจ FTC ในการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะในกรณีที่ทำเช่นนั้นจะรักษาประโยชน์สาธารณะ (public interest) เอาไว้ได้

3) การประกาศก่อนการควบกิจการ (Premerger Notification)

ในการสืบสวนสอบสวนการควบกิจการ FTC จะต้องปฏิบัติตามมาตรา 7A แห่ง Clayton Act⁶⁹ ซึ่งเพิ่มเติมโดย the Hart-Scott-Rodino Act of 1976 ภายใต้มาตรา 7A ผู้ประกอบธุรกิจที่จำเป็นต้องปรับขนาดของกิจการด้วยการรวมกิจการต้องรายงานธุรกรรมดังกล่าวต่อรัฐบาลและและรอผลสรุปภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยก่อนที่ FTC หรือกระทรวงยุติธรรมจะตัดสินว่าการกระทำดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย ก็อาจร้องขอข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้ยื่นเรื่องเป็นครั้งที่สอง (second request) โดยหลังจากมีคำสั่งระยะเวลาพิจารณาการรวมกิจการก็จะขยายออกไปซึ่งต้องรอจนกว่าคู่กรณีจะได้ปฏิบัติตามคำสั่งครั้งที่สองนี้ก่อน อย่างไรก็ตามในทางเทคนิค คู่กรณีไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามคำสั่งครั้งที่สองนี้โดยทำการคัดค้านเช่นเดียวกับกรณีที่ได้รับหมายเรียก แต่ผลของการไม่ปฏิบัติตามก็อาจทำให้ผลสรุปของการยื่นขอรวมกิจการนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ดังนั้นบทบัญญัติในส่วน premerger notification ของ Clayton Act จึงเป็นแรงจูงใจที่ดีสำหรับผู้ประกอบธุรกิจในการให้ข้อมูลซึ่งจำเป็นต่อรัฐในการประเมินการรวมกิจการของธุรกิจ ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจทำการรวมกิจการโดยไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของ Clayton Act คณะกรรมการอาจใช้ทั้งวิธี injunctive relief และ civil penalties เมื่อเห็นสมควร และภายใต้มาตรา 7A (g) แห่ง Clayton Act คณะกรรมการอาจให้ระยะเวลาการพิจารณาสิ้นสุดลงเร็วขึ้นก็ได้

⁶⁷ ปรับจากเดิม 100 เหรียญ โดย the Debt Collection Improvement Act ในปี ค.ศ. 1996

⁶⁸ 15 U.S.C. Sec. 46 (f)

⁶⁹ 15 U.S.C. Sec. 18 (a)

เนื่องจากกระทรวงยุติธรรมและ FTC มีเขตอำนาจทับซ้อนกัน จึงต้องมีการประสานความร่วมมือระหว่างองค์กรของรัฐ (Intragovernmental coordination) ทั้งสอง โดยที่ทั้งสององค์กรจะพยายามหลีกเลี่ยงการทำงานซ้ำซ้อนโดยแต่ละฝ่ายจะทำการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการสืบสวนสอบสวนที่กำลังจะกระทำไปให้อีกฝ่ายก่อนที่จะดำเนินการ และทำการปรึกษาหารือกันว่าจะดำเนินการอย่างไร ซึ่งการประสานงานกันโดยการแจ้งข้อมูลนั้นทำให้การปฏิบัติภารกิจเป็นไปด้วยดี แต่อย่างไรก็ตามองค์กรทั้งสองนี้ดูเหมือนจะมุ่งให้ความสำคัญกับอุตสาหกรรมแตกต่างประเภทกัน

ง. อำนาจกึ่งตุลาการ

FTC มีอำนาจในการชี้ขาดการกระทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยภายใต้มาตรา 5 (b) แห่ง FTC Act เมื่อคณะกรรมการทำการตักเตือน (notice) และพิจารณา (hearing) แล้ว ก็มีอำนาจออกคำสั่งแก่จำเลยผู้ซึ่งทำการแข่งขันทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม หรือมีการกระทำหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวง ให้ระงับหรือหยุดการกระทำดังกล่าว ซึ่งรายละเอียดของกระบวนการนี้จะอยู่ในหัวข้อ กระบวนการพิจารณาคดีเพื่อออกคำสั่งระงับหรือหยุด (cease and desist orders) ซึ่งจะได้ขยายความต่อไป

(3) กระบวนการบังคับใช้กฎหมาย

ก. การบังคับใช้กฎหมายโดยศาล

ในการออกคำสั่ง equitable relief นั้น มาตรา 4 แห่ง Sherman Act และมาตรา 15 แห่ง Clayton Act ให้อำนาจศาลสหพันธรัฐในการป้องกันและจำกัดการฝ่าฝืนกฎหมายนี้และกำกับให้รัฐบาลสร้างกระบวนการอันเป็นธรรมขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์เดียวกัน และศาลสูงสุดได้ตีความว่าอำนาจดังกล่าวรวมถึง คำสั่งและคำตัดสินใดๆ ที่จำเป็นหรือเหมาะสม นั่นคือ ศาลจะ

- (1) ห้ามการกระทำอันเป็นความผิดต่อเนื่องไป และอาจจะ
- (2) บังคับให้จำเลยคืนผลประโยชน์ที่ได้มาจากการกระทำผิด และ
- (3) แก้ไขให้กลับมามีอยู่ในสภาวะที่มีการแข่งขัน

ซึ่งวัตถุประสงค์ของคำสั่ง (decree) ไม่ใช่การลงโทษ (punitive) ศาลจึงไม่ได้ใช้มาตรการที่รุนแรงไปกว่าความผิดที่จำเลยได้ก่อให้เกิด (will not embody harsh measures when less severe ones will do)⁷⁰

ในบางคดีรัฐบาลก็เห็นว่าไม่สามารถที่จะรอผลการตัดสินจากการพิจารณานานจึงใช้วิธีการออกคำสั่งชั่วคราว (preliminary injunction) เป็นทางออก ในการพิจารณาว่าจะออกคำสั่งชั่วคราวหรือไม่นั้นโดยปกติศาลจะพิจารณาจากความเป็นไปได้ที่รัฐจะชนะคดี ผลกระทบที่จำเลยจะได้รับจากคำสั่งชั่วคราว และความเป็นไปได้ที่คำสั่งอันเป็นที่สุด (final relief) จะช่วยขจัดความเสียหายอันเกิดจากการผูกขาดในระยะเวลาที่ผ่านมาได้⁷¹

⁷⁰ Phillip Areeda. Antitrust Analysis Problem, Text, Cases, p. 61.

ส่วน Injunctive relief หรือคำสั่งให้หยุดกระทำการในกรณีเอกชนเป็นผู้ร้องขอ ตาม Clayton Act มาตรา 16 มีหลักการและเงื่อนไขเดียวกับ Equitable relief ที่อยู่ใน มาตรา 4 ของ Sherman Act และใช้เป็นรายการตามที่เห็นสมควร (discretionary) ไม่ได้ใช้โดยอัตโนมัติกับผู้เสียหาย⁷²

แม้ว่า FTC จะทำการวินิจฉัยว่าการปฏิบัติทางการค้านั้นไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวงผ่านทางกระบวนการทำคำสั่งหรือการออกกฎเกณฑ์ทางการค้า⁷³ แต่ FTC ก็ยังต้องอาศัยความช่วยเหลือจากศาลในการบังคับเอาค่าปรับ (civil penalties) หรือ เงินชดเชยให้ผู้บริโภค (consumer redress) จากการฝ่าฝืนคำสั่งระงับหรือหยุด (cease and desist) หรือ กฎเกณฑ์ทางการค้า (trade regulation rules) โดยในที่นี้จะกล่าวถึงกรณีที่ FTC บังคับเอาโดยตรงจากศาลโดยไม่ได้ผ่านกระบวนการทำคำสั่งวินิจฉัยอันเป็นที่สุด (a final agency determination) ว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายก่อน

มาตรา 13 (b) แห่ง FTC Act⁷⁴ ได้ให้อำนาจแก่ FTC ในการออกคำสั่งก่อนการพิจารณา (preliminary injunctions) และคำสั่งหลังการพิจารณา (permanent injunctions) เพื่อให้บังคับบทบัญญัติใดแห่งกฎหมายที่อยู่ภายใต้บังคับของ FTC โดยประการแรก คือ เมื่อใดที่ FTC มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีผู้ใดกระทำความผิดหรือจะกระทำความผิดบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกบังคับใช้โดย FTC คณะกรรมการอาจร้องต่อศาลแขวงให้ออกคำสั่งห้ามกระทำการ (enjoin) ในการกระทำที่ต้องสงสัยว่าเป็นความผิดนั้นในระหว่างที่รอผลจากกระบวนการพิจารณาของ FTC เพื่อตัดสินว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดหรือไม่ ประการที่สอง คือ ในกรณีที่เห็นสมควร (in proper case) คณะกรรมการอาจขอให้ศาล และโดยความยินยอมของศาล ออกคำสั่งหลังพิจารณาออกมา

มาตรา 13 (b) นี้ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมเข้ามาใน FTC Act โดยการแก้ไขเพิ่มเติม the Trans-Alaska Pipeline Act of 1973 โดย ณ ตอนนั้นมีความตั้งใจให้ใช้บทบัญญัตินี้เป็นหลักในการออกคำสั่งก่อนพิจารณาเพื่อรับมือกับการรวมกิจการของบริษัทระหว่างที่รอกระบวนการพิจารณาทำคำสั่งของ FTC เสร็จสิ้น ในช่วงทศวรรษที่ 70 คณะกรรมการก็ใช้บทบัญญัตินี้ตามแนวทางดังกล่าว และก็เริ่มใช้มากขึ้นในกรณีที่เกี่ยวข้องกับควบกิจการ อย่างไรก็ตามบางครั้งภายใต้ช่วงเวลาดังกล่าว FTC ก็ใช้คำสั่งโดยชั่วคราวนี้ในกรณีการโฆษณาสินค้าอันเป็นการหลอกลวงระหว่างที่รอคำสั่งตัดสินจาก FTC ด้วย⁷⁵

⁷¹ Ibid., p. 62.

⁷² Ibid., p. 60.

⁷³ A Brief Overview of the Federal Trade Commission's Investigative and Law Enforcement Authority. Provided by Federal Trade Commission, pp. 4 - 5.

⁷⁴ 15 U.S.C. Sec. 53 (b)

⁷⁵ มาตรา 13 (a) ที่ออกมาในปี ค.ศ. 1938 ได้มีการให้อำนาจ FTC ในการออกคำสั่งเพื่อเยียวยาในกรณีการโฆษณาที่เป็นความผิดสำหรับ อาหาร ยา เครื่องมือ (devices) หรือเครื่องสำอางแล้ว

ในช่วงต้นและปลายของทศวรรษที่ 80 คณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐได้เริ่มสร้างแนวทางปฏิบัติโดยใช้คำสั่งหลังพิจารณา (permanent injunction) ตามมาตรา 13 (b) อย่างมากมาย ในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งถูกข้อโกงหรือหลอกลวง ต่อมา FTC ได้โต้แย้งว่าในพระราชบัญญัติในส่วนที่อ้างถึงคำสั่งหลังการพิจารณานั้นได้ให้อำนาจแก่ FTC ในการออกคำสั่งด้วย โดยมีไว้เพียงแต่ป้องกันการหลอกลวงอย่างถาวร แต่ยังไม่รวมถึงการเยียวยาความเสียหายที่เป็นตัวเงินในหลากหลายรูปแบบ (various kinds of monetary equitable relief) ตัวอย่างเช่น การชดใช้เงิน (restitution) และการกลับสู่สถานะเดิมจากการเลิกสัญญา (rescission of contracts) ทั้งนี้เพื่อชดใช้ในความผิดที่ได้กระทำลงไป และ FTC ยังอ้างว่าเพื่อที่จะรักษาความเป็นไปได้ในการเยียวยาความเสียหายที่เป็นตัวเงินไว้อย่างดีที่สุด FTC จะต้องใช้อำนาจในการหยุดการดำเนินการเกี่ยวกับสินทรัพย์ (freeze of assets) ของผู้ถูกกล่าวหา และทำการบังคับผู้ถูกกล่าวหาได้เป็นการชั่วคราว (imposition of temporary receivers) ในกรณีที่ FTC เห็นสมควร

ศาลได้ยอมรับแนวทางปฏิบัติข้างต้นต่อมาตรา 13 (b) ของ FTC มากกว่าวิธีการวินิจฉัยในรูปแบบคำสั่งทางปกครอง (means of administrative adjudication) ซึ่งทำให้การบังคับใช้กฎหมายเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคส่วนใหญ่ในปัจจุบันกระทำโดยศาลภายใต้บทบัญญัติแห่งมาตรา 13 (b) นี้ การฟ้องคดีภายใต้มาตรา 13 (b) เป็นที่ยอมรับได้มากกว่ากระบวนการทำคำสั่งทางปกครองก็เพราะเหตุว่าในการดำเนินคดีศาลสามารถสั่งให้มีการชดใช้ความเสียหายเป็นตัวเงินและสั่งให้หยุดกระทำการละเมิดกฎหมายได้ในขั้นตอนเดียว นอกจากนี้คำสั่งของศาล (a judicial injunction) ยังมีผลบังคับใช้โดยทันที ในขณะที่คำสั่งระงับหรือหยุดกระทำ (cease and desist order) มีผลเพียง 60 วันหลังจากมีคำสั่ง

การทำคำสั่งโดย FTC นั้นให้ประโยชน์มากกว่าคำสั่งที่ออกโดยศาลโดยตรง กล่าวคือ ในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งของ FTC คณะกรรมการจะได้รับโอกาสในการค้นหาข้อเท็จจริง (factual findings) และแสดงความเห็นเกี่ยวกับข้อมูลที่ตามมาตราฐานที่กฎหมายกำหนด (articulate the relevant legal standard) เป็นองค์แรก ส่วนในการพิจารณาของศาล ศาลถูกผูกพันให้ถือเอาตามข้อมูลที่ได้จากการตรวจสอบของ FTC ในกรณีที่เพียงพอหลักฐานสำคัญต่อคดี (substantial evidence) และศาลยังต้องถือเอาความเห็นของ FTC ในส่วนที่เกี่ยวกับ FTC Act ในคำสั่งทางปกครองหรือกฎเกณฑ์ที่ FTC ออกมา อย่างไรก็ตาม ในการดำเนินคดีตามมาตรา 13 (b) FTC ก็ไม่ได้มีอำนาจมากไปกว่าอัยการของรัฐ ดังนั้นในคดีที่เกี่ยวข้องกับประเด็นทางกฎหมายใหม่ๆ (novel legal issues) หรือสิ่งที่เกี่ยวข้องกับแนวทางปฏิบัติ (fact patterns) FTC มักจะใช้กระบวนการพิจารณาเพื่อทำคำสั่งขององค์กรมากกว่า

จากที่ได้กล่าวไปข้างต้น มาตรา 13 (b) ให้อำนาจแก่ FTC ในการออกคำสั่งเบื้องต้นหรือคำสั่งหลังการพิจารณาผ่านกระบวนการของศาลเพื่อหยุดการฝ่าฝืนบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายที่อยู่ภายใต้ความดูแลของ FTC และภายใต้บริบทของการแข่งขันทางการค้า FTC ได้ใช้มาตรา 13 (b) นี้เพื่อวัตถุประสงค์ในการออกคำสั่งที่มีผลเป็นการชั่วคราวแก่การควบรวมกิจการหรือการเข้าซื้อกิจการที่อยู่ในระหว่างกระบวนการพิจารณา (หลังยื่นคำขอ) ของ FTC โดย FTC อาจมีคำสั่งหลังจากที่ได้พิจารณาแล้วต่อการละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดในคดีที่เห็นสมควรอีกด้วย เช่นในกรณี ได้รับความมั่งคั่งเพิ่มขึ้นอย่างไม่เป็นธรรม (disgorgement of unjust

enrichment) การจ่ายค่าทดแทนต่อผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหาย เช่น ให้เงินคืนในส่วนที่ด้ราคาเกินสมควรจากการกำหนดราคา หรือการเยียวยาทางอื่นที่เท่าเทียมกันตามสมควร (other appropriate equitable remedies) โดย FTC ได้ใช้คำสั่งหลังพิจารณาในคดีแข่งขันทางการค้า 2 คดีด้วยกัน⁷⁶ และทั้งสองอยู่ในการพิจารณาของศาลแขวงซึ่งถือว่ามีอำนาจที่จะออกคำสั่งในทำนองเดียวกันโดยรวมถึงการให้จ่ายค่าเสียหายด้วย⁷⁷

ข. การใช้กระบวนการทางปกครอง

กระบวนการทำงานของ FTC อาจเริ่มโดยหนังสือร้องเรียนจากผู้บริโภคหรือผู้ประกอบการ การยื่นขอควบกิจการ (premerger notification filings) ข้อซักถามจากสภาองเกรส (Congressional inquiries) หรือบทความที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจหรือผู้บริโภค (articles on consumer or economic subjects) โดยปกติแล้วการสอบสวนของ FTC จะไม่เปิดเผยต่อสาธารณชนทั้งนี้เพื่อประโยชน์ต่อการสืบสวนสอบสวนเองและคุ้มครองผู้ประกอบการที่ถูกสอบสวน

เมื่อ FTC เชื่อว่าบุคคลหรือบริษัทใดได้กระทำการอันผิดบทบัญญัติของกฎหมายหรือแผนการควบกิจการที่น่าเสนอต่อ FTC อาจละเมิดต่อกฎหมาย FTC อาจใช้วิธีขอความร่วมมือโดยสมัครใจโดยการออกคำสั่งซึ่งเรียกว่า Consent Order แก่ผู้ประกอบการนั้น และการที่ผู้ประกอบการได้ลงนามยอมรับก็ไม่ได้หมายความว่าได้ยอมรับว่าตนเองกระทำการอันผิดกฎหมายลงไปแต่เป็นการตกลงกับรัฐว่าหยุดพฤติกรรมอันก่อให้เกิดข้อพิพาทซึ่งได้ระบุไว้คำฟ้องหรือจะต้องทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อที่จะแก้ไขข้อที่อาจก่อให้เกิดผลอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันของแผนการควบกิจการที่เสนอมา

โดยปกติทั้ง FTC และกระทรวงยุติธรรมใช้นโยบาย (policymaking) เป็นเครื่องมือมากกว่าการดำเนินคดี⁷⁸ แต่ในกรณีที่ไม่อาจทำความตกลงด้วยความยินยอมโดยสมัครใจได้ FTC อาจใช้วิธีการทางปกครองหรือขอให้ศาลแห่งสหพันธรัฐออกคำสั่งเพื่อเยียวยาความเสียหาย วิธีการร้องเรียนทางปกครอง (administrative complaints) ของ FTC นำเสนอด้วยรูปแบบที่เป็นทางการซึ่งคล้ายกับในการพิจารณาคดีของศาลสหพันธรัฐแต่ทำการพิจารณาต่อหน้าผู้พิพากษาแห่งกฎหมายปกครองแทน (an administrative law judge) โดยมีการเสนอพยานหลักฐาน (evidence is submitted) มีการสอบสวนพยานหลักฐาน (testimony is heard) และพยานจะถูกทั้งซักถามและถามค้าน (and witnesses are examined and cross-examined) โดยหากพบว่ามีกรกระทำผิดกฎหมายจริง ศาลอาจจะออกคำสั่งระงับหรือหยุดการดำเนินการ (a cease and desist order) และคำตัดสินในเบื้องต้นของผู้พิพากษากฎหมายปกครองนี้อาจอุทธรณ์ไปยัง FTC ได้

⁷⁶ คดี FTC v. Abbott Labs และ FTC v. Mylan Laboratories, Inc.

⁷⁷ A Brief Overview of the Federal Trade Commission's Investigative and Law Enforcement Authority. Provided by Federal Trade Commission, p. 6.

⁷⁸ Ernest Gellhorn and William E. Kovacic. Antitrust law and economics in a nutshell, p. 453.

เมื่อ FTC มีคำตัดสินอันเป็นที่สุดออกมาจำเลยยังอาจอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์ (the U.S. Court of Appeals) ได้อีกและอาจส่งเรื่องต่อไปให้ศาลสูงสุด (the U.S. Supreme Court) เป็นที่ชี้ขาดสุดท้าย หาก FTC ไม่อยู่ในสถานะที่บังคับจำเลยได้ในบางกรณี FTC อาจร้องขอต่อศาลให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายต่อผู้บริโภค และกรณีที่จำเลยฝ่าฝืนคำสั่ง FTC ก็สามารถร้องขอให้ศาลทำการปรับ (civil penalties) หรือออกคำสั่งบังคับ (an injunction) ได้

ในบางกรณี FTC อาจร้องขอต่อศาลโดยตรงให้ออกคำสั่งหยุดดำเนินการ (injunction) ลงโทษทางแพ่ง (civil penalties) หรือชำระค่าเสียหายให้ผู้บริโภค (consumer redress) ก็ได้ ในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการควบกิจการ FTC อาจใช้วิธีการออกคำสั่งให้หยุดก่อนเริ่มดำเนินการพิจารณา (a preliminary injunction) เพื่อคุ้มครองให้คำขอควบกิจการที่ยื่นมาและอยู่ระหว่างการตรวจสอบให้ครบถ้วนนั้นอยู่ภายในกระบวนการทางปกครอง(ตรวจสอบ)ก่อนที่ผู้ยื่นขอจะดำเนินการสิ่งใดไป การออกคำสั่งเช่นว่านี้ช่วยรักษาสภาพการแข่งขันในตลาดให้คงอยู่ต่อไป⁷⁹

ดังที่กล่าวไปในเบื้องต้น FTC ยังสามารถออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการค้า (Trade Regulation Rules) ได้อีกด้วย โดยหากเจ้าหน้าที่ในองค์กร FTC พบหลักฐานว่ามีการกระทำอันไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวงเกิดขึ้นในอุตสาหกรรมใด ก็อาจให้คำแนะนำต่อ FTC เพื่อที่จะออกกฎเกณฑ์ขึ้นมาในเรื่องนั้นๆ เพื่อทำการควบคุม และในการเช่นนี้สาธารณชนมีโอกาสนำเข้าร่วมพิจารณาและนำเสนอความเห็นของตนได้ FTC จะพิจารณาความเห็นเหล่านี้ไปพร้อมกับการบันทึกในกระบวนการออกกฎเกณฑ์ทั้งหมด ตั้งแต่ การพิจารณาสอบสวน รายงานของเจ้าหน้าที่ และรายงานของกรรมการ (Presiding Officer's report) ก่อนที่จะทำการตัดสินออกกฎเกณฑ์ใดออกมาในที่สุด กฎเกณฑ์ของ FTC อาจถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลอุทธรณ์ได้และเมื่อออกมาแล้วกฎเกณฑ์นั้นก็จะมีผลบังคับใช้ดังเช่นกฎหมาย

อาจกล่าวได้ว่าอำนาจในการบังคับใช้กฎหมาย⁸⁰ของ FTC เกิดขึ้นหลังจากที่มีการสืบสวนสอบสวน โดย FTC มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายหากพบเหตุผลอันควรเชื่อได้ (reason to believe) ว่ามีการละเมิดกฎหมายเกิดขึ้น FTC สามารถใช้อำนาจตามที่กฎหมายมอบให้ทั้งในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคและกฎหมายแข่งขันทางการค้า โดยในที่นี้จะกล่าวถึงเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายแข่งขันทางการค้า

FTC ทำการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดผ่านทางสำนักงานแข่งขันทางการค้า โดยมีบทบัญญัติที่สำคัญอยู่ 2 ประการ คือ มาตรา 5 (a) แห่ง FTC Act⁸¹ และ Clayton Act โดย มาตรา 5 (a) แห่ง FTC Act ได้บัญญัติห้ามกระทำการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม (unfair methods of competition) ซึ่งครอบคลุม

⁷⁹ รายละเอียดอยู่ในหัวข้อ การบังคับใช้กฎหมายโดยศาล

⁸⁰ ดู A Brief Overview of the Federal Trade Commission's Investigative and Law Enforcement Authority. Provided by Federal Trade Commission, pp. 3, 5 - 6.

⁸¹ 15 U.S.C. Sec. 45 (a)

ถึงการกระทำอันละเมิด Sherman Antitrust Act ด้วย ส่วน Clayton Act ได้ห้ามการควบรวมกิจการของหน่วยงานใดที่อาจทำให้การแข่งขันเสียไปอย่างสำคัญ⁸² และยังคุ้มครองการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาในรูปแบบต่างๆ⁸³ รวมทั้ง FTC สามารถบังคับใช้กฎหมายได้ทั้งวิธีการทางปกครองและวิธีการทางศาลเช่นเดียวกับในกรณีการคุ้มครองผู้บริโภค

ในวิธีการทางปกครอง FTC อาจทำการตัดสินใจว่าการกระทำใดเป็นความผิดผ่านทางกระบวนการทำคำสั่งทางปกครอง (adjudication) หรือ การออกกฎ (rulemaking) ก็ได้ และภายใต้กระบวนการทั้งสองนี้อำนาจในการทำคำสั่งระงับหรือหยุดดำเนินการ (cease and desist order) และการทบทวนคำสั่งโดยศาล (judicial review) รวมถึงอำนาจในการดำเนินคดี (litigating authority) ก็เป็นสิ่งสำคัญที่จำเป็นต้องศึกษา

1) การทำคำสั่งทางปกครอง (Adjudication)

ตามมาตรา 5 (a) (1) แห่ง FTC Act⁸⁴ มีความผิดตามกฎหมายสองประการที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ให้การคุ้มครอง คือ การแข่งขันทางการค้าอันไม่เป็นธรรม และการกระทำหรือการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวง⁸⁵ โดยความผิดประการแรกอยู่ภายใต้แนวความคิดของกฎหมายแข่งขันทางการค้า ส่วนความผิดประการหลังอยู่ภายใต้แนวความคิดของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

ในกรณีที่ FTC พบว่ามีการกระทำหรือพฤติกรรมทางการค้าอันไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวง (unfair or deceptive acts or practices) หรือมีการใช้วิธีการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม (unfair methods of competition) FTC จะทำการบังคับใช้กฎหมายโดยเริ่มกระบวนการทำคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 (b) แห่ง FTC Act เมื่อมีเหตุผลอันควรเชื่อได้ (reason to believe) ว่ามีการละเมิดกฎหมายเกิดขึ้น FTC อาจทำการแจ้งข้อกล่าวหาไปพร้อมกับข้อเสนอโดยหากผู้ถูกกล่าวหายอมตกลงก็อาจทำการลงนามในข้อตกลงยินยอม (consent agreement) โดยปราศจากความรับผิดชอบใดๆ และขอให้คณะกรรมการทำเป็นคำสั่งอันเป็นที่สุด (final order) และถือเป็นการสละสิทธิในการขอให้ศาลทบทวนคำสั่ง (waives all right to judicial review) เมื่อ FTC ยอมรับข้อตกลงยินยอมที่เสนอมาจทำการบันทึกคำสั่งนั้นให้สาธารณชนลงความเห็นได้ภายในระยะเวลา 30 วันหรือตามที่ FTC กำหนดแล้วจึงทำการวินิจฉัยว่าควรจัดทำเป็นคำสั่งอันเป็นที่สุดหรือไม่

การพิจารณาคดีปกครอง (Administrative Trials)

⁸² "prohibits corporate acquisitions that may tend substantially to lessen competition" ดู Section 7 of Clayton Act, 15 U.S.C. Sec. 18

⁸³ Section 2 of Robinson Patman Act, 15 U.S.C. Sec. 13 – 13b

⁸⁴ 15 U.S.C. Sec. 45 (a) (1)

⁸⁵ Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.

ในกรณีที่ผู้ถูกล่ามัวเลือกที่จะคัดค้านข้อกล่าวหา ก็จะมีการพิจารณาข้อกล่าวหาโดยผู้พิพากษา กฎหมายปกครอง (Administrative Law Judge – ALJ)⁸⁶ โดยกระบวนการพิจารณาจะอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์การปฏิบัติ (Rules of Practice) ที่กำหนดโดย FTC การดำเนินคดีในเรื่องเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าจะกระทำโดยหน่วยงานหนึ่งของ FTC เรียกว่า Complaint Counsel ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่จากสำนักงานแข่งขันทางการค้าหรือสำนักงานในส่วนภูมิภาค (regional office) และเมื่อได้บทสรุปของการพิจารณา ALJ จะออกคำตัดสินในเบื้องต้น (initial decision) ซึ่งจะแสดงถึงข้อเท็จจริงของคดี (findings of fact) และข้อวินิจฉัยทางกฎหมาย (conclusions of law) รวมถึงให้คำแนะนำในกรณีที่ควรจะใช้วิธีการออกคำสั่งระงับหรือหยุด (cease and desist order) หรือให้ข้อกล่าวหาดังกล่าวตกไป (dismissal of the complaint) และ complaint counsel หรือผู้ถูกล่ามัว (respondent) หรือทั้งสองฝ่ายสามารถอุทธรณ์คำวินิจฉัยในเบื้องต้นนี้ต่อ FTC ได้

ในการอุทธรณ์คำสั่งเบื้องต้น FTC จะพิจารณาจากเรื่องย่อของคดี (receives briefs) การโต้แย้งด้วยวาจา (holds oral argument) จากนั้นจึงจะทำคำวินิจฉัยและมีคำสั่งออกมา และคำวินิจฉัยของ FTC อาจถูกอุทธรณ์ได้จากบุคคลผู้ได้รับคำสั่ง (any respondent against which an order is issued) โดยคู่กรณีอาจยื่นคำร้องให้ศาลอุทธรณ์ที่คดีอยู่ในเขตอำนาจ⁸⁷ ทำการทบทวน

ส่วนในการกระทำที่เป็นความผิดตาม Clayton Act องค์การ FTC จะดำเนินการภายใต้มาตรา 11 แห่ง Clayton Act⁸⁸ ซึ่งมีการให้อำนาจแก่ FTC ในการทำคำสั่งทางปกครองเช่นเดียวกับ มาตรา 5 (b) แห่ง FTC Act และกระบวนการทบทวนคำสั่งของ FTC โดยศาลก็เป็นเช่นเดียวกันกับที่กล่าวข้างต้น ยกเว้นในกรณีที่คำสั่งอายัดทรัพย์สินจะเป็นที่สิ้นสุดหลังจากได้มีการทบทวนโดยศาล (หรือภายหลังจากระยะเวลาในการยื่นให้ศาลสิ้นสุดลง หากไม่มีกรทบทวนโดยศาล) การฝ่าฝืนคำสั่งอาจเป็นเหตุให้ FTC นำคดีสู่ศาลเพื่อค่าเสียหายทางแพ่ง (civil penalties) ได้ตามมาตรา 5 (1) แห่ง FTC Act หรือ มาตรา 11 (1) แห่ง Clayton Act แล้วแต่กรณี และหากศาลอุทธรณ์ยืนยันคำสั่งของ FTC ศาลจะออกคำสั่งบังคับตามกฎหมาย และคู่กรณีที่แพ้ในศาลอุทธรณ์ยังอาจยื่นเรื่องให้ศาลสูงสุด (the Supreme Court) พิจารณาได้ต่อไป

สภาพบังคับของคำสั่งอันเป็นที่สุดของคณะกรรมการ (Enforcing Final Commission Orders)

⁸⁶ ผู้พิพากษากฎหมายปกครองของ FTC เป็นอิสระโดยทำงานภายใต้ FTC คำวินิจฉัยที่ผู้พิพากษากฎหมายปกครองทำขึ้นอาจอุทธรณ์ต่อ FTC ได้จากคู่กรณีทั้งสองฝ่าย และคำตัดสินของ FTC ก็สามารถนำไปอุทธรณ์ต่อศาลสหพันธรัฐได้

⁸⁷ หมายถึง ที่ซึ่งคู่กรณีอยู่อาศัยหรือดำเนินธุรกิจ (resides or carries on business) หรือที่ซึ่งการกระทำที่ถูกล่ามัวได้กระทำลง (where the challenged practice was employed) ดู FTC Act, Section 5 (c), 15 U.S.C. Sec. 45 (c)

⁸⁸ 15 U.S.C. Sec. 21

คำสั่งของ FTC ถือเป็นที่สุด⁸⁹ เมื่อพ้นระยะเวลา 60 วันนับจากวันที่ออกคำสั่ง เว้นเสียแต่ว่าจะอยู่ในการพิจารณาของ FTC หรือการทบทวนของศาล การที่ผู้รับคำสั่งไม่ปฏิบัติตามมีความรับผิดชอบชำระค่าปรับทางแพ่ง (liable for a civil penalty) ไม่เกินจำนวน 11,000 เหรียญในแต่ละการกระทำที่เป็นความผิด (each violation) ศาลแขวง (district court) เป็นผู้ทำการประเมินโทษปรับในคดีที่ฟ้องศาลเพื่อบังคับตามคำสั่งของ FTC โดยศาลอาจมีคำสั่งให้กระทำการบางอย่างใดอย่างหนึ่ง (mandatory injunctions)⁹⁰ รวมถึงมีคำสั่งเพื่อเยียวยาความเสียหายอย่างอื่นต่อไป (such other and further equitable relief)⁹¹ ตามที่เห็นสมควร

การชำระค่าเสียหายหลังจากมีคำสั่งทางปกครอง (Redress after an Administrative Order is entered)

นอกจากนี้หลังจากได้มีการทบทวนของศาลในคำสั่งแล้ว FTC ยังอาจช่วยให้ผู้บริโภคได้รับการชดใช้ความเสียหายจากผู้กระทำผิดกฎหมาย โดยอำนาจของศาลแขวงเพื่อลูกขุนที่เป็นผู้บริโภคที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของผู้ที่ได้รับคำสั่งที่เกิดเป็นคดี ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 19 แห่ง FTC Act โดย FTC จะต้องแสดงให้เห็นว่าการกระทำของจำเลยเป็นสิ่งที่วิญญูชนย่อมรู้ได้ด้วยสามัญสำนึกของตนว่าเป็นการกระทำที่ไม่ซื่อสัตย์ (dishonest) หรือเป็นการฉ้อโกง (fraudulent)

โทษปรับทางแพ่งสำหรับผู้ฝ่าฝืนคำสั่ง (Civil Penalty Enforcement against Non-Respondents)

เมื่อ FTC ได้ทำการพิจารณาผ่านกระบวนการทำคำสั่งทางปกครองและมีความเห็นว่าการกระทำของผู้ที่ถูกกล่าวหาว่าไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวงจึงได้ออกคำสั่งระงับหรือหยุดดำเนินการไป FTC อาจสั่งปรับผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่กำหนดมาตรฐานอย่างชัดเจนของ FTC ด้วย โดยการนี้ FTC ต้องแสดงให้เห็นว่าผู้ทำการฝ่าฝืนได้รู้อยู่แล้วว่าการกระทำหรือการประพฤติดังกล่าวไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวงและเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย⁹² การพิสูจน์ถึงการที่รู้แล้ว (actual knowledge) โดยปกติ FTC มักจะอ้างว่าผู้ฝ่าฝืนได้รู้โดยผ่านสำเนาของการพิจารณาของ FTC ในการซักถาม (a copy of the Commission determination in question) หรือบทสรุปคร่าวๆของการพิจารณานั้น (a synopsis of that determination) บทบัญญัตินี้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองมิให้ผู้กระทำผิดถลากลิ้งไปในกรกระทำซึ่งจะมีผลให้พวกเขาต้องถูกปรับเป็นเงินจำนวนมาก

2) การออกกฎ (Rulemaking)

⁸⁹ เว้นแต่ในกรณีคำสั่งให้แยกสินทรัพย์

⁹⁰ injunction requiring the performance of some specific act

⁹¹ FTC Act, Section 5 (1), 15 U.S.C. Sec. 45 (1)

⁹² Section 5 (a) (1) of the FTC Act (FTC Act, Section 5 (m) (1) (B); 15 U.S.C. Sec. 45 (m) (1) (B))

เพื่อให้กระบวนการทำคำสั่งหรือคำวินิจฉัย (adjudication process) นั้นง่ายขึ้น และเปิดให้ทุกฝ่ายที่มีส่วนได้เสียเข้ามามีส่วนร่วมในข้อเสนอที่มีผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของพวกเขา FTC จึงออกกฎเกณฑ์ที่มีความสำคัญ (substantive rules) ซึ่งเรียกว่า กฎเกณฑ์ทางการค้า (Trade Regulation Rules) อันเป็นการกำหนดขอบเขตของ มาตรา 5 แห่ง FTC Act โดยการประยุกต์เข้ากับแนวทางปฏิบัติในแต่ละประเภทของอุตสาหกรรม อำนาจของ FTC ในการออกกฎเกณฑ์ได้รับการรับรองหากพบว่าการกระทำของจำเลย (respondent) นั้นเป็นปัญหาว่าถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ การออกคำสั่งว่าเป็นความผิดตามมาตรา 5 ก็เป็นการแก้ปัญหาได้แม้ว่าจำเลยจะทำการอุทธรณ์ต่อผู้ถึงการมอบอำนาจจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติให้องค์กรสามารถออกกฎเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติ (application) ที่มีผลกระทบต่อจำเลย โดยกฎเกณฑ์นั้นจะต้องมีการแจ้งไปยังบุคคลที่ได้รับผลกระทบล่วงหน้าก่อนที่ FTC จะทำการตัดสิน (conclusion)⁹³

The Federal Trade Commission Improvement Act of 1975 ได้เพิ่มเติมมาตรา 18 ใหม่ใน FTC Act โดยบัญญัติให้ FTC สามารถออกกฎเกณฑ์เพื่อตีความความหมายของการกระทำหรือการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวง และยังอาจกำหนดได้ว่าการกระทำหรือการปฏิบัติอย่างใดที่ถือว่าเป็นธรรมหรือหลอกลวงอีกด้วย⁹⁴

ดังนั้น นอกจากการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อบังคับกับผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคลแล้ว FTC ยังสามารถใช้กฎเกณฑ์ทางการค้าในการเยียวยาการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวงที่เกิดขึ้นในธุรกิจได้ โดยบทบัญญัติมาตรา 18 แห่ง FTC Act⁹⁵ ได้ให้อำนาจแก่ FTC ในการออกกฎเกณฑ์ซึ่งนิยามการกระทำหรือปฏิบัติใดๆที่ไม่เป็นธรรมหรือเป็นการหลอกลวงในทางการค้า ภายใต้ความหมายของมาตรา 5 (a) (1) โดยกฎหมายกำหนดให้กระบวนการออกกฎต้องเปิดโอกาสให้มีการพิจารณา (informal hearings) ร่วมกับผู้ที่ผลประโยชน์เกี่ยวข้องซึ่งได้ถูกจำกัดสิทธิของตน โดยก่อนหน้าที่จะมีการออกกฎ FTC ยังต้องมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าแนวทางปฏิบัติที่กล่าวถึงในกฎเกณฑ์นั้นจะสามารถแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้⁹⁶

เมื่อ FTC ประกาศกฎเกณฑ์ทางการค้าออกมาบังคับใช้ บุคคลผู้ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์โดยรู้ (actual knowledge) หรือควรจะได้รู้ (knowledge fairly implied on the basis of objective circumstances) ว่าการกระทำของตนนั้นไม่เป็นธรรมหรือเป็นการหลอกลวงและถูกห้ามโดยกฎเกณฑ์ดังกล่าว จะถูกปรับเป็นจำนวนเงินไม่เกิน 11,000 เหรียญ ต่อการกระทำผิดอย่างหนึ่ง FTC จะทำการปรับโดยยื่นคดีสู่ศาลแขวง (filing a suit in district court) ตามมาตรา 5 (m) (1) (A) แห่ง FTC Act⁹⁷ และผู้ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ทางการค้า (ที่กระทำไปทั้งที่รู้ว่า

⁹³ Phillip Areeda. Antitrust Analysis Problem, Text, Cases, p. 73.

⁹⁴ บทบัญญัติที่เพิ่มขึ้นมาใหม่ คือ "shall not affect any authority of the Commission to prescribe rules (including interpretive rules) and general statements of policy, with respect to unfair methods of competition in or affecting commerce"

⁹⁵ 15 U.S.C. Sec. 57a

⁹⁶ 15 U.S.C. Sec. 57a (b) (3)

เป็นความผิด – irrespective of the state of knowledge) ต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้บริโภค ซึ่ง FTC อาจเรียกร้องให้จำเลยเยียวยาความเสียหายให้กับผู้บริโภคตาม มาตรา 19 แห่ง FTC Act⁹⁸

มาตรา 18 แห่ง FTC Act ได้ให้อำนาจแก่ FTC ในการประกาศกฎเกณฑ์ทางการค้า (the promulgation of trade regulation rules) ซึ่งนำมาใช้กับการกระทำหรือการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวง (unfair or deceptive acts or practices) ได้ โดยก่อนหน้าที่จะมีการบัญญัติมาตรา 18 นี้ FTC ได้ ออกกฎเกณฑ์ทางการค้าที่สำคัญภายใต้อำนาจในการออกกฎเกณฑ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ FTC สามารถดำเนินการตามหมวดนี้ได้ (มาตรา 6 (g)) แต่อย่างไรก็ตามกฎเกณฑ์เกือบจะทั้งหมดที่ FTC ออกมาตามมาตรานี้ ล้วนเป็นกฎเกณฑ์ในการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งในปี ค.ศ. 1975 มาตรา 18 ก็ได้กลายเป็นวิธีการออกกฎที่พิเศษ สำหรับการออกกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำหรือการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวงโดยเฉพาะไป

3) อำนาจในการดำเนินคดี (Litigating Authority)

สิ่งที่ได้กล่าวมาข้างต้นเป็นวิธีการต่างๆในการบังคับใช้กฎหมายโดย FTC ต่อผู้กระทำผิดผ่านศาลสหพันธรัฐ FTC มีอำนาจโดยอิสระที่จะดำเนินคดีเหล่านี้ในนามขององค์กร ด้วยทนายขององค์กรเอง โดยมีขอบเขตของอำนาจดังต่อไปนี้

นอกเสียจากว่าจะมีกฎหมายกำหนดเป็นอย่างอื่น อัยการสูงสุด (Attorney General) มีหน้าที่รับผิดชอบในการดำเนินคดีที่รัฐ (หมายถึงสหพันธรัฐ – the United States) หรือหน่วยงานใดๆของรัฐเป็นคู่กรณี⁹⁹ บทบัญญัติมาตรา 16 แห่ง FTC Act¹⁰⁰ ได้ให้อำนาจเป็นการเฉพาะแก่ FTC ในการใช้ทนายของตนต่อผู้คดี โดยแบ่งออกเป็นคดี 4 ประเภท คือ

- (1) การร้องขอคำสั่งเพื่อบรรเทาความเสียหาย ตามมาตรา 13¹⁰¹
- (2) การร้องต่อศาลเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายให้กับผู้บริโภค ตามมาตรา 19¹⁰²
- (3) การร้องขอให้ศาลทำการพิจารณาบททวนคำสั่งหรือกฎเกณฑ์ที่ออกโดย FTC และ
- (4) การร้องขอศาลให้บังคับตามกระบวนการอันเป็นเงื่อนไขตาม มาตรา 6 และมาตรา 9¹⁰³

⁹⁷ 15 U.S.C. Sec. 45 (m) (1) (A)

⁹⁸ 15 U.S.C. Sec. 57b

⁹⁹ 28 U.S.C. Sec. 516

¹⁰⁰ 15 U.S.C. Sec. 56

¹⁰¹ 15 U.S.C. Sec. 53

¹⁰² 15 U.S.C. Sec. 57b

¹⁰³ 15 U.S.C. Sec. 46 and 49.3

นอกจากคดีทั้ง 4 ประเภทข้างต้นที่ FTC สามารถดำเนินคดีในนามของตนเองแล้ว ในบทบัญญัติ มาตรา 16 ก็ได้ให้อำนาจแก่ FTC ในการดำเนินคดีด้วยตัวองค์กรเองในกรณีที่อัยการสูงสุดเห็นควรไม่สั่งฟ้องเมื่อ สิ้นสุดระยะเวลา 45 วันนับแต่ได้รับทราบ (after 45-days notice) สำหรับการกระทำทางแพ่งใดๆที่เกี่ยวข้องกับ บทบัญญัติในหมวดนี้ โดยรวมถึงการเรียกเก็บค่าปรับด้วย¹⁰⁴ และบทบัญญัตินี้ทำให้ FTC สามารถดำเนินการ ฟ้องคดีและแก้ต่างโดยทนายขององค์กรในคดีรูปแบบต่างๆอย่างหลากหลายซึ่งกระทรวงยุติธรรมปฏิเสธที่จะ ดำเนินคดีได้ (โดยเฉพาะการกระทำที่มีโทษปรับทางแพ่งตามมาตรา 5 (1) และมาตรา 5 (m) แห่ง FTC Act)

มีบทบัญญัติหลายมาตราที่เกี่ยวข้องกับการนำคดีขึ้นสู่ศาลสูงสุด (the Supreme Court) โดยมาตรา 16 (a) (3) ได้กำหนดสถานการณ์ที่ FTC สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้ คือ การดำเนินคดีทางแพ่งใดๆ ที่ FTC เห็น ควรดำเนินการในนามของตน¹⁰⁵ ยิ่งไปกว่านั้น FTC อาจนำคดีขึ้นสู่ศาลสูงสุดภายใน 10 วันนับจากศาลมีคำ พิพากษาในกรณีที่ได้รับร้องขออำนาจให้กระทำการดังกล่าวโดยอัยการ (Solicitor General) ในศาลอื่นไว้ ไม่ว่าจะ เป็นกรณีที่อัยการเป็นผู้ดำเนินคดีให้ FTC หรือไม่ก็ตาม¹⁰⁶ และอัยการซึ่งปฏิเสธที่จะดำเนินคดีให้ FTC ในตอน แรกสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลสูงสุดได้ภายใน 60 วันหลังศาลจากมีคำตัดสิน

นอกจากอำนาจในการฟ้องคดีโดยตนเองเป็นการเฉพาะแล้ว ยังมีอีกหลายกรณีที่กระทรวงยุติธรรม สามารถแต่งตั้งให้ทนายของ FTC เป็นทนายของสหพันธรัฐเพื่อดำเนินคดีของประเทศที่ดำเนินการโดยกระทรวง ยุติธรรมได้ ตัวอย่างเช่นในการฟ้องคดีอาญาของความผิดใน Telemarketing and Consumer Fraud and Abuse Prevention Act¹⁰⁷ และในการฟ้องคดีเพื่อปรับผู้กระทำความผิด¹⁰⁸ ในการฝ่าฝืนคำสั่งให้จัดทำรายงาน ก่อนการควบกิจการตามบันทึกความตกลงระหว่างกระทรวงยุติธรรมกับ FTC ในเรื่องความรับผิดชอบกรณี Premerger¹⁰⁹

4) กระบวนการพิจารณาคดีเพื่อออกคำสั่งระงับหรือหยุด (Cease and Desist Orders)

¹⁰⁴ 15 U.S.C. Sec. 56 (a) 1

¹⁰⁵ 15 U.S.C. Sec. 56 (a) (1) or (2)

¹⁰⁶ คดีที่ FTC เป็นคู่กรณีในศาลสูงสุดซึ่งเกิดขึ้นในช่วงทศวรรษที่ 80 จำนวน 3 ใน 4 ของคดีประเภทนี้ ดำเนินการโดยทนายของ FTC เอง และมี 2 คดีที่ FTC ยื่นยื่นที่จะฟ้องคดีด้วยตนเอง (obtained a grant of certiorari) หลังจากถูกอัยการปฏิเสธที่จะฟ้องในนาม FTC

¹⁰⁷ 15 U.S.C. § 6107

¹⁰⁸ 15 U.S.C. Sec. 18a(g)(1)

¹⁰⁹ Memorandum of Agreement Between the Department of Justice and the Federal Trade Commission - Premerger Penalties, 4 Trade Reg. Rep. 1 9853 at p. 17,356 (see also 28 U.S.C. Secs. 515, 543 appointment of special United States attorneys).

FTC มีอำนาจออกคำสั่งระงับหรือหยุดดำเนินการ ซึ่งคำสั่งเหล่านี้มิได้ส่งผลเป็นโทษทางอาญาหรือทางแพ่ง และทั้งไม่ได้เป็นการประเมินจำนวนค่าเสียหาย แต่เป็นเหมือนกับคำสั่งของศาลที่กำจัดและป้องกันการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายในอนาคต โดยปัจเจกชนไม่มีสิทธิที่จะทำการฝ่าฝืน FTC Act หรือ คำสั่งของ FTC (Commission orders) ได้

(ก) เขตอำนาจของคณะกรรมการการค้าสหพันธรัฐ (FTC jurisdiction)

Clayton Act ได้ให้อำนาจบังคับใช้กฎหมายแก่ FTC เชกเช่นเดียวกับที่ให้กับกระทรวงยุติธรรมและศาล และ FTC ยังมีอำนาจที่ได้รับจากมาตรา 5 แห่ง FTC Act ในการควบคุมไม่ให้เกิดการแข่งขันทางการค้าโดยไม่เป็นธรรม (to forbid unfair methods of competition) ซึ่งในปัจจุบันค่อนข้างเป็นที่ชัดเจนว่าคณะกรรมการมีดุลพินิจในการตัดสินว่าการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมอย่างไรน่าจะทำให้เกิดความเสียหาย หรือมีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขัน ไม่ว่าจะเป็นการหลอกลวง (false) ซ้อโกง (fraudulent) หรือการกระทำที่ผิดศีลธรรมจรรยา (morally reprehensible) หรือไม่ก็ตาม จึงเท่ากับว่า FTC มีอำนาจบังคับใช้ Clayton Act โดยตรงและบทบัญญัตินี้ยังให้อำนาจแก่ FTC ในการควบคุมการกระทำผิดตาม Sherman Act และรวมถึงการกระทำอันไม่เป็นธรรมอย่างอื่นด้วย¹¹⁰

(ข) กระบวนการดำเนินงานของคณะกรรมการการค้าสหพันธรัฐ (FTC proceedings)¹¹¹

องค์กร FTC ควบคุมเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นนักกฎหมายและนักเศรษฐศาสตร์จำนวนมาก และบุคลากรเหล่านี้ก็รับภาระหน้าที่มากมายแตกต่างกันไปโดยรวมถึงการสืบสวนสอบสวน (investigation) และการฟ้องคดี (prosecution) ในความผิดที่อยู่ภายใต้อำนาจของ FTC

การปฏิบัติงานของ FTC ส่วนใหญ่เป็นการจัดการเพื่อเตรียมทำคำสั่ง (formal adjudication) โดยเมื่อการสืบสวนสอบสวนเสร็จสิ้น FTC ก็จะให้โอกาสแก่คู่กรณีเพื่อทำความเข้าใจความตกลงภายใต้กระบวนการทำข้อตกลงยินยอม (consent order procedure) ซึ่งคล้ายกับวิธีการที่ใช้โดยกระทรวงยุติธรรมโดย FTC จะแจ้งไปยังคู่กรณีถึงข้อกล่าวหา (the terms of a proposed complaint) และออกคำสั่งหยุดและระงับการดำเนินการดังกล่าว (submits a proposed cease and desist order) และคู่กรณีอาจยอมเข้าเจรจากรณีใดเงื่อนไขในคำสั่งนั้นซึ่งจะมีสภาพบังคับและผลทางกฎหมายเช่นเดียวกัน (same force and effect) กับคำสั่งชี้ขาดของ FTC ในกรณีทั่วไป (regular FTC final order)¹¹² ทั้งนี้ไม่ถือเป็นการยอมรับผิดตามกฎหมายของคู่กรณี

¹¹⁰ Phillip Areeda. Antitrust Analysis Problem, Text, Cases, pp. 69 - 70.

¹¹¹ Ibid., pp. 70 - 71.

¹¹² เช่นเดียวกับกรณีของกระทรวงยุติธรรม คณะกรรมการต้องเปิดให้สาธารณชนแสดงความคิดเห็นเป็นเวลา 30 วันหรือตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร จึงจะออกคำสั่งยินยอมได้ ดู 16 C.F.R. §2.32 (1980)

กรณีนี้ FTC ไม่สามารถดำเนินกระบวนการเพื่อออกความตกลงยินยอมได้ หรือกรณีที่การเจรจากับคู่กรณีล้มเหลว FTC จะยื่นคำร้องเพื่อเริ่มกระบวนการทำคำสั่งอย่างเป็นทางการและทำการพิจารณาโดยผู้พิพากษากฎหมายปกครอง โดยการพิจารณาข้อมูลพยานหลักฐาน (findings) และคำสั่ง (orders) ของผู้พิพากษาอาจถูกตรวจสอบ (review) ได้โดย FTC และศาลอุทธรณ์แห่งสหพันธรัฐ (the federal courts of appeals) ก็สามารถตรวจสอบคำสั่งของ FTC นี้ได้ นอกจากนี้ในกรณีที่ได้แจ้งเตือนและเปิดโอกาสเพื่อการพิจารณาแล้ว บทบัญญัติมาตรา 5 (b) แห่ง FTC Act ยังให้อำนาจ FTC เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิก (modify or vacate) คำสั่งของตน เมื่อใดก็ตามที่ FTC มีความเห็นว่าสภาพของข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายได้เปลี่ยนไปจนต้องกระทำการดังกล่าวหรือกรณีที่จำเป็นต้องทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ¹¹³

เดิมที่การฝ่าฝืนคำสั่งของ FTC นั้นไม่มีสภาพบังคับ แม้ว่า FTC จะสามารถร้องต่อศาลอุทธรณ์เพื่อให้มีการบังคับตามกฎหมายก็ตาม ต่อมาจึงมีการแก้ไขกฎหมายให้คำสั่งของ FTC นั้นเป็นที่สุดเว้นแต่ในกรณีที่จำเลยยื่นต่อศาลให้ทำการทบทวนคำสั่งซึ่งใช้เวลา การฝ่าฝืนคำสั่งของ FTC (final FTC order) เป็นเหตุให้ถูกปรับไม่เกิน 11,000 เหรียญ ต่อวัน โดยนับตามจำนวนวันทุกวันที่มีการฝ่าฝืนคำสั่งโดยถือเป็นความผิดแยกออกไป ทั้งนี้การปรับดังกล่าว (civil penalty proceedings) อยู่ในเขตอำนาจของศาลแขวง (district courts)

(ค) อำนาจในการเยียวยาความเสียหายของคณะกรรมการ (FTC remedial powers)¹¹⁴

FTCเป็นองค์กรผู้เชี่ยวชาญในการวินิจฉัยว่าวิธีการเยียวยารูปแบบใดเป็นสิ่งจำเป็นในการทำให้การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมหรือเป็นการหลอกลวงซึ่งถูกเปิดเผยออกมานั้นสิ้นไป ซึ่งมีทัศนคติมากมายสำหรับการตัดสินใจและศาลจะไม่เข้ามาแทรกแซงเว้นแต่ในกรณีที่วิธีการเยียวยาที่ FTC ได้เลือกให้ปฏิบัติจะไม่มีเหตุผลเกี่ยวข้องกับการกระทำซึ่งผิดกฎหมายนั้นเลย และบ่อยครั้งที่คำสั่ง FTC มีขอบเขตกว้างขวางครอบคลุมไปถึงคำสั่งให้หยุดการกระทำผิดซ้ำสองในการปฏิบัติที่ถูกกล่าวหา ตัวอย่างเช่น FTC ได้ออกคำสั่งให้ผู้รับคำสั่งหรือจำเลย (respondents) อนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรของตนโดยเก็บค่าสิทธิในอัตราที่พอสมควรแก่เหตุ และเข้าควบคุมองค์กรธุรกิจที่ทำผิดกฎหมาย (to dispose of an illegally acquired corporation) และศาลสูงสุดได้แสดงให้เห็นเป็นนัยว่าอำนาจในการออกคำสั่งหยุดและระงับทางปกครองนั้นอาจมีความจำเป็นที่จะต้องขยายความเพื่อให้สามารถบังคับใช้กฎหมายได้ตรงตามวัตถุประสงค์

ในอดีต FTC ไม่สามารถออกคำสั่งชั่วคราวก่อนพิจารณา (preliminary orders) เพื่อรักษาสถานะทางกฎหมาย (to preserve the status quo) ระหว่างอยู่ในขั้นตอนการดำเนินงานของตน หรือขั้นตอนการอุทธรณ์ในคำสั่งใดๆ แต่ต่อมาในการปรับปรุงแก้ไข FTC Act เมื่อปี ค.ศ. 1973 ทำให้ศาลแขวงมีอำนาจในการออกคำสั่งชั่วคราว (temporary injunctions) ในคดีที่ดำเนินการโดย FTC ในเวลาใดก็ได้ก่อนที่จะมีคำสั่งอันเป็นที่สุด ทั้งนี้รวมถึงก่อนหน้าที่จะมีการฟ้องด้วย

¹¹³ มีบทบัญญัติทำนองเดียวกันนี้ปรากฏใน มาตรา 11 (b) แห่ง Clayton Act

¹¹⁴ Ibid., pp. 71 - 72.

กล่าวโดยสรุป ปัญหาต่างๆที่เกิดขึ้นถ้าเกี่ยวข้องกับและอยู่ในขอบเขตการรับผิดชอบของหน่วยงานใด เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานนั้นก็จะเป็นผู้รับผิดชอบในการสืบสวนสอบสวนหาข้อมูลพยานหลักฐานต่างๆเพื่อดำเนินคดีกับผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด เมื่อรวบรวมข้อมูลพยานหลักฐานต่างๆได้อย่างเพียงพอและเห็นว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจริงแล้ว เจ้าพนักงานของสำนักงานที่เกี่ยวข้องก็จะเสนอเป็นสำนวนฟ้องไปยังเจ้าพนักงานผู้พิจารณาคดี (Hearing Examiner) เมื่อเจ้าพนักงานผู้พิจารณาคดีพิจารณาแล้วเห็นฟ้องว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดตามฟ้องจริงแล้วก็จะออกคำสั่ง "ระงับหรือหยุด" (cease and desist order) บังคับให้ผู้ถูกกล่าวหาหรือหยุดพฤติกรรมที่เป็นการกระทำความผิด ซึ่งคำสั่งนี้จะถูกเสนอไปยังคณะกรรมการพิจารณาตรวจสอบเพื่อออกคำสั่งซ้ำอีกครั้งหนึ่ง หากคำสั่งของเจ้าพนักงานผู้พิจารณาคดีนี้ผู้ถูกกล่าวหาปฏิบัติตามโดยไม่ได้แย้ง (ภายในระยะเวลา 60 วัน) กฎหมายให้ถือว่าคำสั่งให้ระงับหรือหยุดดังกล่าวเป็นคำสั่งชี้ขาดอันเป็นที่สุดของ FTC โดยปริยาย แต่ถ้าผู้ถูกกล่าวหาไม่เห็นฟ้องด้วยกับคำสั่งให้ระงับหรือยกเลิกดังกล่าว ผู้ถูกกล่าวหาก็สามารถที่จะโต้แย้งคำสั่งโดยอุทธรณ์ไปยัง FTC ได้ เมื่อ FTC ได้รับอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งแล้วก็จะทำการพิจารณาคดีใหม่อีกครั้งหนึ่งโดยการเรียกให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายกฎหมายและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมาทำการพิสูจน์พยานหลักฐานและแสดงเหตุผลใหม่อีกครั้งหนึ่งเพื่อยืนยันว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดหรือพฤติกรรมทางสังคมและสุขภาพเศรษฐกิจแสดงให้เห็นชัดว่าได้มีการกระทำความผิดกฎหมายเกิดขึ้นแล้วจริง เมื่อพิจารณาจากพยานหลักฐานอย่างถี่ถ้วนแล้ว FTC จะออกคำสั่งอีกเป็นครั้งสุดท้าย ซึ่งอาจเป็นคำสั่งที่ยืนตามหรือกลับคำสั่งให้ระงับหรือหยุดของเจ้าพนักงานผู้พิจารณาคดีได้ คำสั่งขั้นสุดท้ายของ FTC นี้หากผู้ถูกกล่าวหาไม่เห็นด้วย ยังมีสิทธิที่จะอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์ประจำภาค (circuit court) ได้ หากไม่มีการอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์ คำสั่งขั้นสุดท้ายของ FTC ก็ถือเป็นที่สุด เมื่อมีการอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์จะทำการพิจารณาบททวนคำสั่งของ FTC ในที่สุดศาลอุทธรณ์ก็จะพิพากษายืนตามหรือกลับคำสั่งของ FTC ได้ คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์นี้ให้ถือว่าเป็นที่สุดและใช้บังคับคู่กรณีได้ ผู้ที่ถูกบังคับหากไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์หรือคำสั่งที่ถึงที่สุดของ FTC ในกรณีไม่มีการอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์ก็จะถูกลงโทษโดยการถูกปรับครั้งละไม่เกิน 11,000 เหรียญต่อการฝ่าฝืนคำสั่งหนึ่งครั้งและปรับเพิ่มเป็นจำนวนเท่าตัวสำหรับการฝ่าฝืนซ้ำอีก แต่สำหรับผู้กระทำความผิดครั้งแรกนั้น ศาลอาจจะไม่ปรับโดยตัดเดือนแทนก็ได้

เจตนารมณ์ของคำสั่งให้ระงับหรือหยุดนี้ไม่ใช่เป็นการลงโทษทางอาญาหรือทางแพ่งสำหรับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในอดีต และไม่ใช่เป็นการประเมินความเสียหายต่างๆ แต่เป็นคำสั่งเพื่อห้ามปรามและป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดขึ้นในอนาคต¹¹⁵ และตามมาตรา 5 ของ Federal Trade Commission Act (1914) บัญญัติอนุญาตให้ FTC ทำการเปลี่ยนแปลงคำสั่งได้ตามความเหมาะสมโดยอาศัยสถานะข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปหรือคำนึงถึงผลประโยชน์ของสาธารณชนเป็นเกณฑ์¹¹⁶

จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้บัญญัติให้ FTC มีอำนาจกว้างขวางมาก ทั้งนี้เป็นเพราะว่า องค์กรนี้

¹¹⁵ Phillip Areeda. Antitrust Analysis Problem, Text, Cases, p. 69.

¹¹⁶ FTC Act, Section 5 (b), 15 U.S.C. Sec. 45 (b)

ประกอบด้วย หน่วยงานหลายหน่วยงานซึ่งต่างก็มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านโดยเฉพาะ อำนาจการบริหารงาน ตามกฎหมายนี้เป็นอำนาจอิสระและกว้างขวางซึ่งศาลจะไม่เข้าไปก้าวก่าย เว้นแต่จะเป็นการออกคำสั่งที่ไม่สม เหตุผลและคู่กรณีได้อุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์เท่านั้น เมื่อมีการอุทธรณ์คำสั่งของ FTC ไปยังศาลแล้ว FTC ก็ไม่มี อำนาจใดๆที่จะสั่งให้ผู้ถูกกล่าวหาหรือหยุดพฤติกรรมที่ถูกกล่าวหาเป็นการชั่วคราวในระหว่างที่มีการ อุทธรณ์ แต่ FTC อาจยื่นคำร้องต่อศาลอุทธรณ์เพื่อให้ศาลกำหนดวิธีการชั่วคราวเพื่อบรรเทาความเสียหายที่จะ เกิดขึ้นกับสาธารณะได้

5) การทบทวนคำสั่งโดยศาล (Judicial review)

ศาลอุทธรณ์มีอำนาจทบทวนและยืนยัน ปรับปรุงแก้ไข หรือทำให้คำสั่งของ FTC ตกไปได้ ศาลจะทำ หน้าที่รับรอง (uphold) คำสั่งของ FTC ในการพิจารณา (findings) ที่ได้รับการสนับสนุนจากพยานหลักฐาน สำคัญ (substantial evidence) และกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับกฎหมายที่ออกโดยสภา และสิ่งที่ ระบุลงไปในการคำสั่งไม่ได้เป็นการเกินอำนาจดุลพินิจของ FTC อย่างไรก็ตามขอบเขตของการทบทวนโดยศาลก็ ไม่ได้เป็นหนึ่งเดียวกันทั้งหมด ในกรณีที่ FTC บังคับใช้ทั้ง Sherman Act และ Clayton Act ภายใต้ระบบศาล อาจมีมาตรฐานทางกฎหมายที่ต่างออกไปบ้าง และศาลที่รับเรื่องอุทธรณ์อาจทำการทบทวนการพิจารณาและ คำสั่งของ FTC ตามแนวทางเดียวกับที่ปฏิบัติกับองค์กรศาล และศาลซึ่งทำหน้าที่ตรวจสอบก็อาจทำการ ตรวจสอบการออกกฎเกณฑ์ของ FTC ด้วย (approach Commission lawmaking) (เช่น ค้นหาว่าอะไรคือวิธีการ ที่เหมาะสมในการทดสอบเพื่อพิสูจน์การสมคบคิดหรือการประเมินว่าอะไรคือ การจำกัดทางการค้าที่มีเหตุผลอัน สมควร) ราวกับว่า FTC ได้ร่างข้อสรุปจากข้อมูลธรรมดาๆ (เช่น ก. ได้ทำการผูกพันกับ ข. หรือไม่) และเมื่อ FTC ได้ประกาศกฎเกณฑ์ (lawmaking) ออกมา ศาลสูงสุดจะทำการรับรองโดยปราศจากการตั้งข้อสังเกตใน เรื่องแนวทางการตีความบทบัญญัติมาตรา 5 แต่สำหรับคำสั่งของ FTC ที่ไม่ได้กระทำขึ้นบนพื้นฐานของถ้อยคำ ที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือมิได้อยู่ภายใต้เจตนารมณ์ของ Sherman act หรือ Clayton Act ศาลจะให้องค์กร FTC ใช้ดุลพินิจในการพิจารณากำหนดนิยามคำว่าไม่เป็นธรรม (unfairness) อย่างถี่ถ้วนอีกครั้งและขอให้ อธิบายถึงความเห็นอย่างเป็นทางการในเหตุผลของกฎเกณฑ์ดังกล่าว¹¹⁷

กฎหมายป้องกันการผูกขาดเป็นกฎหมายที่มีพื้นฐานทางปรัชญาที่กำเนิดและพัฒนามาจาก แนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์และสังคม การบัญญัติกฎหมายส่วนใหญ่จึงเป็นการบัญญัติในรูปแบบของคำ นิยามทั่วไป ทั้งนี้เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถอาศัยข้อเท็จจริงและประสบการณ์ในการตีความตีบท ให้ยืดหยุ่นได้ตามสภาพสังคมและเศรษฐกิจที่แปรเปลี่ยนอยู่ตลอดเวลา การที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจการ ตีความให้หน่วยงานของฝ่ายบริหารอย่างเช่น FTC เช่นนี้ ด้านหนึ่งก็เป็นผลดีสำหรับความคล่องตัวในการบังคับ ใช้กฎหมายดังกล่าว เพราะผู้มีอำนาจในการตีความกฎหมายดังกล่าวนี้เป็นหน่วยงานของรัฐอิสระที่ก่อตั้งขึ้น สำหรับบริหารงานตามกฎหมายด้านนี้โดยเฉพาะและมีความเชี่ยวชาญในด้านการควบคุมเศรษฐกิจโดยตรง การ ตีความย่อมมีประสบการณ์และมีข้อมูลที่ดีกว่าในการวินิจฉัยประเด็นพิพาทต่างๆ แต่ในอีกด้านหนึ่งก็เกิดจุดอ่อน

¹¹⁷ Phillip Areeda. Antitrust Analysis Problem, Text, Cases, pp. 72 - 73.

ในกระบวนการยุติธรรม ถ้าหากว่าการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตีความกฎหมายได้โดยไม่มีฝ่ายตุลาการทำหน้าที่ตรวจสอบเพื่อถ่วงดุลการใช้อำนาจดังกล่าวยิ่งกว่านี้ กฎหมายบางฉบับมีช่องว่างเพราะมิได้มีการแก้ไขให้เหมาะสมและทันต่อเหตุการณ์ซึ่งแปรเปลี่ยนไปตามสภาพสังคมและเศรษฐกิจ การตีความกฎหมายโดยฝ่ายบริหารบางครั้งมักจะตีความอย่างเคร่งครัดเช่นเดียวกับการตีความแบบคดีอาญาเพื่อสนองเจตนารมณ์ของตนเอง แม้กฎหมายป้องกันการผูกขาดบางบทบัญญัติจะมีโทษทางอาญา แต่ฝ่ายบริหารก็ยังมีอำนาจในการวินิจฉัยความผิดทางอาญาไม่ เพื่อแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นเนื่องจากการตีความกฎหมายของฝ่ายบริหารจึงสมควรอย่างยิ่งที่จะต้องเปิดโอกาสให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจตรวจสอบและพิจารณาบททวนคำสั่งของฝ่ายบริหารอีกครั้งหนึ่งเพื่อจะได้วินิจฉัยว่าการตีความของฝ่ายบริหารนั้นเป็นการถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายและสอดคล้องกับนโยบายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ อีกทั้งเป็นการตรวจสอบว่าคู่กรณีได้รับความเป็นธรรมจากการออกคำสั่งดังกล่าวเพียงใดอันเป็นวิธีการหนึ่งในการเยียวยาแก่ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นในกระบวนการยุติธรรม¹¹⁸

โดยปกติแล้วศาลจะพิจารณาว่า¹¹⁹

- ก) การออกคำสั่งดังกล่าวกระทำด้วยความเหมาะสมตามสภาพสังคม เศรษฐกิจ และพิจารณาอย่างถูกต้องตามตัวบทกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดหรือไม่
- ข) ในคำสั่งดังกล่าวได้มีการอธิบายถึงเหตุผลในการออกคำสั่งหรือไม่ หากคำสั่งได้ออกโดยไม่มีเหตุผลกำกับมาด้วย ศาลจะคืนให้ฝ่ายบริหารทำมาใหม่
- ค) ศาลจะวินิจฉัยเฉพาะในประเด็นที่พิพาทกันในคำสั่งเท่านั้น

จะเห็นได้ว่าแม้ฝ่ายบริหารจะได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติให้ตีความกฎหมายได้แต่ก็ยังมีฝ่ายตุลาการคอยตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามในด้านการบริหารงานตามกฎหมายแล้ว ทั้งสองหน่วยงานก็ได้ประสานงานร่วมกันโดยต่างฝ่ายต่างจะแจ้งข้อมูลที่สืบสวนมาได้ให้อีกฝ่ายทราบอันเป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาการสืบสวนคดีซ้ำซ้อน และเป็นการแบ่งแยกหน้าที่ในการค้นหาข้อมูล ซึ่งเป็นผลทำให้สืบเสาะแสวงหาข้อมูลได้อย่างละเอียด อันเป็นหลักการเสริมกันในการบริหารงานตามกฎหมาย¹²⁰

3.1.2.4 การบังคับใช้กฎหมายโดยเอกชน

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกามีการบังคับใช้กฎหมาย 2 ทาง คือ การบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐ และการบังคับใช้กฎหมายโดยเอกชนผู้ได้รับความเสียหายซึ่งอยู่ภายใต้แนวความคิดที่ว่าสิทธิฟ้องคดีของเอกชนเป็นการเพิ่มการบังคับใช้กฎหมายโดยรวม โดยไม่จำเป็นต้องขยายภาค

¹¹⁸ วิบูลย์ ตั้งกิตติภากรณ์. การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศไทย. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 118 – 119.

¹¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 119.

¹²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 119 – 120.

การบังคับใช้ของรัฐ (public enforcement bureaus) ออกไป¹²¹ แต่สิทธิฟ้องคดีของเอกชนนั้นก็เป็นส่วนสำคัญที่ทำให้ภาระงานในศาลสหพันธรัฐล้นมือ โดยส่วนมากจะเป็นการฟ้องเรียกค่าเสียหายจำนวน 3 เท่า ตามมาตรา 4 แห่ง Clayton Act มากกว่าการขอคำสั่งศาล¹²² ตามมาตรา 16 แห่ง Clayton Act¹²³ โดยในปี ค.ศ. 1914 เมื่อมี Clayton Act ออกมาบทบัญญัติมาตรา 16 ได้ยอมให้เอกชนเข้าถึงกระบวนการเยียวยาโดยการร้องขอคำสั่งศาล (injunctive relief)¹²⁴ ด้วยตนเองเพื่อปกป้องความเสียหายที่เกิดจากการผูกขาดทางการค้า โดยจะต้องแสดงความเสียหายที่มีผลกระทบโดยตรงต่อตน อย่างไรก็ตามขอบเขตของการเยียวยาอาจจะแคบกว่าการฟ้องคดีของรัฐ¹²⁵

การขอ injunctive relief ตามมาตรา 16 ไม่จำเป็นต้องมีการแสดงถึงความเสียหายของธุรกิจหรือทรัพย์สินโดยแสดงเพียงว่า “น่าจะก่อให้เกิดความเสียหาย” (threatened loss or damages)¹²⁶ หมายความว่า การขอคำสั่งศาลนั้นทำได้แม้โจทก์จะยังไม่ได้รับความเสียหายจริง โดยเพียงแต่แสดงให้เห็นว่าตนอาจได้รับความเสียหายอย่างสำคัญจากการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่กำลังจะเกิดขึ้นหรือจากการที่การฝ่าฝืนกฎหมายในปัจจุบันจะดำเนินต่อไปหรือเกิดขึ้นอีก¹²⁷ และความเสียหายที่ได้รับก็ไม่จำเป็นต้องเป็นประโยชน์ทางพาณิชย์ (commercial interests) เหมือนกรณีมาตรา 4 ซึ่งเจตนารมณ์ของสภาองเกรสคือต้องการให้ระบบกฎหมายมีมาตรการเพิ่มขึ้นในการบังคับใช้ควบคู่ไปกับการขอคำสั่งศาลโดยกระทรวงยุติธรรมและการฟ้องเรียกค่าเสียหายจำนวน 3 เท่า (treble damage acting)¹²⁸

การที่กฎหมายให้สิทธิเอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายนั้นไม่ใช่ว่าเป็นกรณีที่เอกชนนั้นได้รับความเสียหายในทางแพ่งตามหลักกฎหมายเอกชนทั่วไปแล้วไปกำหนดให้สิทธิเอกชนฟ้องในกฎหมายป้องกันการผูกขาดอันเป็นกฎหมายมหาชน แต่เป็นกรณีที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดที่เป็นกฎหมายมหาชนประสงค์จะให้เอกชนมีส่วนร่วมในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ด้วยแม้ว่าหากพิจารณาภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดเอกชนจะไม่

¹²¹ โดยทรัพยากรของรัฐเสียไปในรูปแบบของค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี จาก Ernest Gellhorn and William E. Kovacic. *Antitrust law and economics in a nutshell*, p. 463.

¹²² โดยปกติคือ คำสั่งให้หยุดกระทำการ

¹²³ Lawrence Anthony Sullivan. *Handbook of The Law of Antitrust*. (St. Paul Minn: West Publishing, 1977), p. 769.

¹²⁴ เป็นคำสั่งศาลให้กระทำหรือหยุดกระทำการใดๆ เพื่อยับยั้งความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อไป กล่าวโดยทั่วไปคือ เป็นการเยียวยาเพื่อยับยั้ง (preventive) และป้องกัน (protective) อนาคตมากกว่าจะเป็นการแก้ไขชดใช้ให้การกระทำที่ผ่านมา

¹²⁵ Phillip Areeda. *Antitrust Analysis Problem, Text, Cases*, p. 63.

¹²⁶ Lawrence Anthony Sullivan. *Handbook of The Law of Antitrust*, p. 772.

¹²⁷ Von Kalinowski. *16N Business Organizations, Antitrust Laws and Trade Regulation*. (New York: Matthew Bender, 1979), p. 114 – 2.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 114 – 3.

มีความเสียหายโดยตรงก็ตาม เนื่องจากการผูกขาดทางการค้าเป็นความเสียหายต่อเศรษฐกิจโดยรวมแต่ความเสียหายต่อเศรษฐกิจโดยรวมนี้หากพิจารณาให้ดีก็จะเห็นว่าเอกชนซึ่งเป็นประชาชนของประเทศทั้งหมดก็ถือว่าได้รับความเสียหายเช่นกันซึ่งเป็นความเสียหายในทางพฤตินัย ดังนั้นกฎหมายจึงให้สิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายได้โดยวัตถุประสงค์ของการให้เอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายได้จำนวน 3 เท่า (treble damages) และขอคำสั่งชั่วคราว (injunctive remedies) นั้นไม่ได้สร้างไว้เพื่อบรรเทาความเสียหายของเอกชนแต่กำหนดไว้เพื่อให้มีการบังคับใช้กฎหมายมากขึ้นอีกทางหนึ่ง¹²⁹ อย่างไรก็ตามก็จะต้องมีการวางขอบเขตไว้เพื่อไม่ให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายกันได้ทั้งหมด นั่นก็คือ หลักที่ว่าตนได้รับความเสียหายเป็นพิเศษด้วยหรือเป็นความเสียหายในทางนิตินัยจากการกระทำละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดลักษณะนั้นๆ ดังนั้นการพิสูจน์ถึงสิทธิที่จะฟ้องที่สำคัญก็คือมีความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดเกิดขึ้นและเอกชนผู้ที่จะฟ้องจำเลยผู้กระทำความผิดนั้นได้รับความเสียหายโดยนิตินัยจากการกระทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดของจำเลย¹³⁰

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกายังกำหนดเครื่องมือในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดอีกประเภทหนึ่งที่ถือว่ามีส่วนในการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพนั่นคือ การกำหนดให้สิทธิเอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ 3 เท่า (treble damages) ไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 7 ของ Sherman Act of 1890 ว่า¹³¹

“บุคคลใดๆ ที่ได้รับความเสียหายในธุรกิจหรือทรัพย์สินโดยบุคคลหรือนิติบุคคลอื่นที่กระทำการอันเป็นการห้ามมิให้กระทำหรือเป็นการกระทำที่ถือว่าผิดกฎหมายฉบับนี้ อาจฟ้องและในที่สุดได้รับค่าเสียหายจำนวน 3 เท่า จากความเสียหายที่ตนได้รับรวมทั้งค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดี ประกอบด้วยค่าทนายที่มีเหตุผลสมควร”

นอกจากนี้ Clayton Act of 1914 ยังให้สิทธิเอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายไว้ โดยบัญญัติในมาตรา 4 ว่า

132

“บุคคลใดๆ ที่ธุรกิจหรือทรัพย์สินของตนได้รับความเสียหายจากการกระทำที่ห้ามไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาด อาจฟ้องต่อศาลแขวงของประเทศสหรัฐอเมริกาในแขวงที่จำเลยมีภูมิลำเนาหรือที่พบหรือที่มีตัวแทน โดยหากต้องแสดงจำนวนเงินที่พิพาทและจะได้รับค่าเสียหาย 3 เท่า จากการที่ตนเองได้รับความเสียหายและค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีและค่าทนายความที่มีเหตุผลสมควร”

การกำหนดสิทธิไว้เช่นนี้เท่ากับมิใช่ว่าเอกชนคนใดจะสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ประกอบธุรกิจ

¹²⁹ Ibid., p. 63.

¹³⁰ ผาสุก เจริญเกียรติ. ความรับผิดทางแพ่ง กรณีละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด. (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย คณະนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 39 – 40.

¹³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 33.

¹³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 33 - 34.

ซึ่งกระทำการผูกขาดตลาดได้โดยไม่มีขอบเขต การที่บุคคลใดจะมีอำนาจฟ้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดนั้นจะต้องพิสูจน์ถึงหลักเกณฑ์ 2 ประการด้วยกัน ประการแรก คือ มีการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดและความผิดนั้นก่อให้เกิดความเสียหายกับตนเป็นการส่วนตัว หรือพิจารณาในทางกลับกันว่า โดยทั่วไปแล้วความเสียหายทางเศรษฐกิจต่อเอกชนหาก่อให้เกิดความผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดเพราะการกระทำอันเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจนั้นไม่เพียงพอที่จะก่อความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดเนื่องจากนักธุรกิจผู้นั้นอาจจะได้รับความเสียหายเพราะผู้ผลิตยังคงปฏิเสธที่จะไม่ขายผลผลิตให้แก่ตน ซึ่งการปฏิเสธเช่นนี้อาจจะเป็นส่วนหนึ่งของการร่วมกันคว่ำบาตรทางธุรกิจหรืออาจจะเป็นการกระทำลักษณะหนึ่งของการผูกขาดแต่ก็อาจจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาก็ได้ ดังนั้น การที่จะได้รับความเสียหาย 3 เท่า ดังที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดให้สิทธิไว้ นั้นจะต้องเป็นความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดอันเป็นกฎหมายมหาชนซึ่งคุ้มครองการแข่งขันในตลาด พร้อมกับหลักเกณฑ์ประการที่สอง คือ การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนผู้เป็นโจทก์ เมื่อครบหลักเกณฑ์ทั้งสองประการเอกชนจึงจะมีอำนาจฟ้องตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดนี้ได้¹³³

หลักเกณฑ์ที่จะทำให้เอกชนมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายตาม Clayton Act มาตรา 4 มีดังต่อไปนี้¹³⁴

1) เป็นบุคคลในความหมายของ Clayton Act

คำว่า “บุคคล” ใน Clayton Act หมายถึง เอกชนคนธรรมดา ห้างหุ้นส่วน รัฐ และเมือง และหน่วยงานการเมืองต่างๆ นอกจากนั้นบริษัทและสมาคมที่จัดตั้งและรับรองโดยรัฐบาลกลาง รัฐ หรือ โดยกฎหมายต่างประเทศก็ถือว่าเป็น บุคคล ตามความหมายในกฎหมายฉบับนี้ด้วย

2) ได้รับความเสียหาย¹³⁵

โจทก์ในคดีจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าตนเองได้รับความเสียหายและจะต้องพิสูจน์ถึงจำนวนของค่าเสียหาย โดยจะต้องนำสืบให้ได้ว่าค่าเสียหายนั้นมีขอบเขตเพียงใด ซึ่งศาลต้องการให้โจทก์พิสูจน์เพียงข้อเท็จจริงของความเสียหายมากกว่าจำนวนค่าเสียหาย ศาลได้กล่าวในคำพิพากษาคดี Story Parchment Co. v. Paterson Partment Paper Co., 282 U.S. 555, 562 [1931] โดยให้เหตุผลว่า “เป็นที่เห็นประจักษ์แล้วว่ามีความแตกต่างกันระหว่างวิธีที่สำคัญในการพิสูจน์เกี่ยวกับการตั้งข้อเท็จจริงว่าคู่แข่งชั้นได้รับความเสียหายบางอย่างกับวิธีที่สำคัญในการพิสูจน์เพื่อให้ลูกขุนกำหนดจำนวนที่แน่นอนของค่าเสียหายลงไป”

นอกจากนี้อาจจะเป็นการยากยิ่งขึ้นไปอีกที่โจทก์จะแสดงให้เห็นว่าสภาพที่แท้จริงของโจทก์นั้นเป็น

¹³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 34.

¹³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 34 - 37.

¹³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 38 - 39.

อย่างไร และจะเกิดความแตกต่างไปเพียงใดหากว่าไม่มีการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดของจำเลย ดังนั้น การกำหนดให้โจทก์ต้องพิสูจน์จึงขึ้นอยู่กับธรรมชาติของความเสียหายที่โจทก์ยกขึ้นกล่าวอ้างนั่นเอง¹³⁶

ธรรมชาติของความเสียหายที่โจทก์จะต้องพิสูจน์ก็คือ การกระทำฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดของจำเลย เช่น ในคดีกำหนดราคาและคดีที่เมื่อมีการผูกขาดแล้วขายสินค้าแพงเกินไปนั้น การพิสูจน์ค่าเสียหายในกรณีที่มีการกำหนดราคาก็คือความแตกต่างระหว่างราคาที่โจทก์จะต้องเสียไปกับราคาที่โจทก์สมควรจะต้องจ่ายหากตลาดมีการแข่งขันโดยไม่มีกรกระทำละเมิดกฎหมายของจำเลย ส่วนในคดีผูกขาดการพิสูจน์ค่าเสียหายก็คือการพิสูจน์ถึงความแตกต่างระหว่างราคาที่โจทก์ต้องชำระไปกับราคาสินค้าที่จะสามารถขายได้ในตลาดที่มีการแข่งขันเสรี เป็นต้น

นอกจากนี้หากโจทก์ต้องสูญเสียกำไรในธุรกิจของโจทก์ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนกฎหมายของจำเลย ค่าเสียหายของโจทก์อาจรวมไปถึงค่าสูญเสียความนิยมหรือสูญเสียคุณค่าในการที่โจทก์จะดำเนินธุรกิจต่อไปด้วย แต่โจทก์จะได้รับค่าเสียหายจากการสูญเสียกำไรและคุณค่าของการทำธุรกิจที่ผ่านมาเท่านั้น โดยจะไม่ได้รับค่าเสียหายที่เป็นกำไรอันคาดว่าจะสูญเสียไปในอนาคตหรือคุณค่าในการดำเนินธุรกิจของโจทก์ต่อไปในอนาคต¹³⁷

3) ความเสียหายนั้นกระทบกระเทือนต่อธุรกิจหรือทรัพย์สิน

คำว่า “ธุรกิจ” หมายถึง ผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือการค้าหรือหน้าที่การงานของบุคคล เดิมทีเดียวศาลเคยพิพากษาว่าการสูญเสียกำไรที่คาดว่าจะได้รับในธุรกิจที่คาดว่าจะมีขึ้นไม่ถือว่าเป็นความเสียหายแก่ธุรกิจตามความหมายในเงื่อนไขนี้ แต่ต่อมาศาลส่วนใหญ่ได้พิพากษาว่าความเสียหายทางการค้าในชั้นเตรียมการถือว่าเป็นความเสียหายในธุรกิจได้หากได้เตรียมการล่วงหน้าในชั้นพอสมควรที่จะเข้ามาในตลาดได้ โดยศาลได้วางหลักไว้ว่าเตรียมการเพียงใดจึงจะถือว่าเข้าลักษณะพอสมควรที่จะเข้าตลาดได้แล้วไว้ 4 ประการ ประการที่หนึ่ง คือ พื้นฐานและประสบการณ์ของความเสียหายของผู้ที่กล่าวอ้างสิทธิในการประกอบธุรกิจในภายหลัง ประการที่สอง คือ การกระทำที่ยืนยันในส่วนของเขาที่ผูกพันในธุรกิจที่ได้ตั้งไว้ ประการที่สาม คือ ความสามารถในการทางการเงินที่จะซื้ออุปกรณ์และสิ่งอำนวยความสะดวกที่จะเข้าประกอบธุรกิจ และประการที่สี่ คือ ความสมบูรณ์ของสัญญาของผู้กล่าวอ้าง

ส่วนความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” นั้นรวมถึงผลประโยชน์ทั้งหลายที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้ อย่างไรก็ตามศาลพิพากษาในคดี *Hawaii v. Standard Oil Co.*, (U.S. 251, 264 (1972)) ว่าความเสียหายต่อเศรษฐกิจของรัฐโดยทั่วไป ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อ “ธุรกิจหรือทรัพย์สิน” ตาม

¹³⁶ Phillip Areeda. Antitrust Analysis Problem, Text, Cases, p. 78.

¹³⁷ The Section of Antitrust Law of The American Bar Association. Antitrust Law Developments (Second). ed. James R. Loftis III, et al. (New York: American Bar Association, 1984), pp. 409 - 411.

ความหมายของเงื่อนไข¹³⁸

ข้อสำคัญที่จะต้องตระหนักถึงอยู่เสมอ¹³⁹ คือ แม้ว่าการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดของจำเลยจะก่อให้เกิดความเสียหายเป็นตัวเงินแก่บุคคลหลายคน ซึ่งอาจจะมีความเสียหายได้หลายประเภทแล้วแต่ธรรมชาติของการกระทำละเมิด แต่จะต้องพิจารณาอย่างหนักแน่นว่าการที่มีการกระทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดยังไม่เพียงพอที่โจทก์จะฟ้องเรียกค่าเสียหายได้เพราะในทางเทคนิคแล้วการฟ้องคดีป้องกันการผูกขาดไม่ใช่การฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานผิดสัญญาแต่เป็นเรื่องละเมิด และหลักทั่วไปของละเมิดจะอยู่ที่ว่าเฉพาะบุคคลซึ่งจำเลยสามารถคาดเห็นได้เท่านั้นที่จะต้องเสียหายจากการกระทำของจำเลยจึงจะฟ้องได้ ดังนั้นโจทก์จะต้องพิสูจน์ให้เห็นด้วยว่าการดำเนินธุรกิจของตนเป็นการดำเนินธุรกิจที่อยู่ในเป้าหมายที่จำเลยสามารถคาดเห็นได้หรือคาดการณ์ได้ว่าจะถูกกระทบกระเทือนจากการกระทำละเมิดกฎหมายของจำเลย¹⁴⁰

4) ความเสียหายนั้นเป็นผลโดยตรงจากการละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด

โจทก์ในคดีฟ้องเรียกค่าเสียหายจะต้องพิสูจน์ในเบื้องต้นว่ามีความสัมพันธ์อันเกี่ยวเนื่องใกล้ชิดระหว่างการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดของจำเลยและความเสียหายของโจทก์

ศาลได้สร้างหลักเกี่ยวกับการพิสูจน์อำนาจฟ้องของโจทก์ในเงื่อนไขไว้หลายวิธี ได้แก่ โจทก์จะต้องได้รับความเสียหายโดยตรงไม่ใช่โดยอ้อม การฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดจะต้องใกล้ชิดกับผลของความเสียหาย โจทก์จะต้องอยู่ในบริเวณเป้าหมาย (Target Area) ที่จำเลยมีจุดมุ่งหมายหรือมีเจตนาที่จะกระทบกระทั่ง หรือเหตุผลโดยตรงของกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่จำเลยฝ่าฝืนนั้นมีจุดประสงค์ที่จะปกป้องสถานะของโจทก์ ยกตัวอย่างเช่น หากจำเลยใช้วิธีการตัดราคาเพื่อขับไล่คู่แข่งซึ่งการกระทำเช่นนั้นทำให้คู่แข่งได้รับความเสียหายเช่นนี้ กฎหมายยอมให้คู่แข่งผู้ได้รับความเสียหายนั้นมียุทธศาสตร์ฟ้องตามเงื่อนไขได้¹⁴¹

เมื่อครบตามหลักเกณฑ์ 4 ประการดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้แล้ว เอกชนผู้ได้รับความเสียหายย่อมสามารถฟ้องผู้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดได้โดยอาจมีสิทธิได้ค่าเสียหายถึง 3 เท่า และยังได้รับค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีประกอบด้วยค่าทนายความที่มีเหตุผลสมควร โดยมีข้อสังเกตว่าในปี ค.ศ. 1955 มีการเพิ่มข้อจำกัดเรื่องอายุความในการดำเนินคดีใน Clayton Act สำหรับการเรียกค่าเสียหายโดยมีระยะเวลา 4

¹³⁸ Ibid., pp. 392 - 394.

¹³⁹ ผาสุก เจริญเกียรติ. ความรับผิดทางแพ่ง กรณีละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 38 - 39.

¹⁴⁰ A.D. Neale and D.G. Goyder. The Antitrust Law of The United States of America: a study of competition enforced by law. 3rd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1980), p. 425.

¹⁴¹ Lawrence Anthony Sullivan. Handbook of The Law of Antitrust, pp. 772 - 773.

ปี¹⁴²

3.1.3 บทสรุป

ลักษณะเฉพาะในด้านความเป็นอิสระขององค์กรของรัฐ (Independent Regulatory Agency) ของ FTC ถูกนำมาใช้เป็นต้นแบบให้กับองค์กรกำกับดูแลกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศอื่นๆ โดยเฉพาะประเทศญี่ปุ่น ดังจะได้ศึกษาต่อไป ทั้งนี้เป็นเพราะการตระหนักถึงความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง จึงได้มีความพยายามสร้างองค์กรที่มีความเป็นอิสระ มีความเป็นกลาง และมีกระบวนการที่โปร่งใสในการใช้อำนาจที่ค่อนข้างมากเมื่อเปรียบเทียบกับองค์กรทางปกครองทั่วไป ขึ้นมาเพื่อคุ้มครองระบบเศรษฐกิจของประเทศ

แนวทางการบริหารและบังคับใช้กฎหมายของ FTC นั้นคือ เมื่อพบว่ามีกรณีการทำความผิดเกิดขึ้น FTC จะพยายามทำให้คดีจบลงโดยเร็วเพื่อเป็นการบริหารทรัพยากรอย่างคุ้มค่าที่สุด ทั้งทางด้านเวลา และค่าใช้จ่าย ทั้งต่อตัวจำเลยเองและต่อองค์กร FTC ทั้งนี้ก็เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภค โดยสังเกตได้จากการมีกระบวนการก่อนดำเนินคดีเพื่อทำความตกลง (consent settlement) กับผู้ประกอบการ พร้อมไปกับการหามาตรการเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นและป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำผิดซ้ำต่อไป

นอกจากนี้ทั้ง FTC และกระทรวงยุติธรรมมักจะใช้วิธีการกำหนดนโยบาย (policymaking tools) มากกว่าดำเนินคดี กล่าวคือจะร่วมกันจัดทำ Guidelines เป็นแนวทางให้ผู้ประกอบการได้ดำเนินการให้ถูกต้อง เพื่อจะได้ไม่ทำความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด และในขณะเดียวกันทั้งสองหน่วยงานก็จะให้คำแนะนำแก่หน่วยงานต่างๆของรัฐ เช่น คณะกรรมาธิการร่างกฎหมาย กฎระเบียบ ให้ทราบถึงผลของกฎเกณฑ์ และบทบัญญัติต่างๆที่มีต่อการแข่งขัน (competition effects)¹⁴³

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้วิวัฒนาการไปอย่างค่อนข้างจะสมบูรณ์ และเป็นกฎหมายที่มีการบังคับใช้อย่างจริงจัง โดยในความเป็นจริงมีการบังคับใช้กฎหมายโดยเอกชนเสียเป็นส่วนใหญ่¹⁴⁴ อันน่าจะเป็นเพราะความเข้าใจในสิทธิของตนที่กฎหมายรับรอง แรงจูงใจจากค่าเสียหายที่อาจจะได้รับ หากชนะคดี (treble damages) และลักษณะของวัฒนธรรมในประเทศที่เน้นการยุติข้อโต้แย้งโดยการพิจารณาของศาลรวมถึงลักษณะเศรษฐกิจของประเทศที่มีขนาดใหญ่มาก ประกอบด้วยอุตสาหกรรมจำนวนมาก รูปแบบพฤติกรรมทางธุรกิจเป็นไปอย่างสลับซับซ้อน การพยายามที่จะให้กฎหมายอันมีวัตถุประสงค์ในการปกป้องกลไกตลาดสามารถบังคับใช้ได้จริงจึงเป็นสิ่งที่ทุกคนตระหนักดี

¹⁴² Ibid., p. 775.

¹⁴³ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย (การศึกษาทางด้านกฎหมาย). งานวิจัย เสนอต่อกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์. สิงหาคม 2542, หน้า 2-28.

¹⁴⁴ มากกว่าร้อยละ 80

3.2 กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น

3.2.1 บททั่วไป¹

ประเทศญี่ปุ่นตั้งแต่สมัยเมจิจนถึงปลายสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 ไม่เคยมีนโยบายทางเศรษฐกิจในอันที่จะส่งเสริมให้ผู้ประกอบการธุรกิจทำการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรี รัฐบาลในสมัยนั้นกลับส่งเสริมให้มีการผูกขาดทางการผลิตและการค้า โดยออกกฎหมายหลายฉบับที่อนุญาตให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถรวมตัวกันประกอบธุรกิจในรูปแบบของ cartel พัฒนาการดังกล่าวเป็นผลจากการที่ประเทศญี่ปุ่นต้องการจะพัฒนาประเทศตามแนวทางของประเทศอุตสาหกรรมอื่นๆ ต่อมารัฐบาลญี่ปุ่นได้เปลี่ยนแปลงนโยบายใหม่ ต้องการให้เอกชนเข้าดำเนินการในกิจการเหล่านั้น จึงได้ขยายกิจการทั้งหมดให้เอกชน นับตั้งแต่นั้นมาเอกชนเริ่มเข้ามามีบทบาทอย่างแท้จริงในการพัฒนาอุตสาหกรรมแขนงต่างๆอย่างสมบูรณ์ ส่วนรัฐบาลก็ลดบทบาทลงเป็นเพียงผู้ให้การช่วยเหลือให้คำแนะนำตลอดจนให้ความคุ้มครองด้วย เพื่อให้เอกชนสามารถดำเนินการธุรกิจต่อไปอย่างเป็นผลและรัฐบาลญี่ปุ่นได้ออกกฎหมายสนับสนุนให้เอกชนประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจในรูปแบบ cartel เป็นอย่างมาก ดังนั้นจึงทำให้มี cartel มากมายในประเทศญี่ปุ่น ซึ่งธุรกิจ cartel เหล่านี้มีอำนาจสมบูรณ์ในการกำหนดราคา กำหนดโควตา จำกัดจำนวนการผลิต และแบ่งตลาดการค้า และยังมีการสร้างกลุ่มธุรกิจขึ้นมากมายโดยเรียกกลุ่มธุรกิจเหล่านั้นว่า Zaibatsu² การสร้างกลุ่มธุรกิจทำได้ด้วยการตั้งบริษัทแม่ที่เรียกว่า Holding Company เพื่อดำเนินธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งและขยายธุรกิจออกไปมากมายและยังตั้งบริษัทในเครือและบริษัทร่วมเครืออีกมากมายโดยบริษัทแม่ไปถือหุ้นใหญ่ในบริษัทเหล่านั้นอีกต่อหนึ่ง ในปี ค.ศ. 1920 เป็นต้นมา กลุ่มเศรษฐกิจเหล่านี้มีอิทธิพลอย่างมาก เพราะมีอำนาจในทางเศรษฐกิจสูง และยิ่งเสริมให้รัฐบาลญี่ปุ่นมีความเข้มแข็งทางการทหารอีกด้วย เมื่อประเทศญี่ปุ่นแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 ฝ่ายสัมพันธมิตรซึ่งนำโดยประเทศสหรัฐอเมริกาต้องการลดความแข็งแกร่งทางการทหารของประเทศญี่ปุ่นจึงได้ทำลายอำนาจของกลุ่มเศรษฐกิจต่างๆ ผ่านทาง The Holding Company Liquidation Commission นอกจากนี้ยังดำเนินการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางเศรษฐกิจเป็นระบบเสรีนิยมให้มีการแข่งขันอย่างเสรีระหว่างผู้ประกอบการ โดยสั่งให้รัฐบาลญี่ปุ่นร่างกฎหมายนี้มาก่อน แต่รัฐบาลญี่ปุ่นก็ดำเนินการตามด้วยดีโดย the Antimonopoly Act (AMA) ได้รับความเห็นชอบเมื่อวันที่ 4 เมษายน ค.ศ. 1947 และมีผลบังคับใช้เดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1947 และกฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ร่างโดยใช้แนวทางข้อบัญญัติ

¹ ผาสุก เจริญเกียรติ. ความรับผิดชอบทางแพ่ง กรณีละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 54 – 55.

² ตามประวัติศาสตร์ การรวมอำนาจทางเศรษฐกิจมิใช่สิ่งเลวร้ายในทัศนคติของคนญี่ปุ่น ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 รัฐบาลญี่ปุ่นดำเนินนโยบายส่งเสริมและจัดการให้มีอุตสาหกรรมหลัก (key industries) ขึ้นและขยายธุรกิจเหล่านั้นต่อไปกับภาคเอกชนในราคาต่ำ ซึ่งนำไปสู่อำนาจทางเศรษฐกิจของกลุ่มธุรกิจขนาดใหญ่ไม่กี่รายอันเป็นที่รู้จักในนาม zaibatsu โดยในปี ค.ศ. 1930 รัฐบาลญี่ปุ่นยังได้ช่วยส่งเสริมการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจโดยออกกฎหมายที่เป็นการให้อำนาจรัฐบาลในการเสริมสร้างความเข้มแข็งของกำลังทหาร จาก Jonathan D. Richards. "Japan Fair Trade Commission Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices: An Illustration of Why Antitrust Law is a Weak Solution to U.S. Trade Problems with Japan". Comparative Law: Law and the Legal Process in Japan. (Durham, N.C.: Carolina Academic Press, 1996), p. 440.

ห้ามกระทำการ (Prohibition principle) อย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา³ ซึ่งมีการบังคับใช้โดยหน่วยงานของรัฐ คือ FTC (Fair Trade Commission)⁴ หรือคณะกรรมการการค้าอันเป็นธรรมและยังมีการบังคับใช้โดยเอกชนผู้ได้รับความเสียหายที่สามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำการผูกขาดทางการค้าได้อีก ซึ่งในส่วนของเอกชนผู้ได้รับความเสียหายนี้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดสิทธิของเอกชนในการฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ หากเอกชนผู้ใดทรัพย์สินของตนได้รับความเสียหายจากการกระทำที่เป็นการผูกขาด การจำกัดการแข่งขันอันไม่สมควร หรือการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม โดยสามารถยื่นฟ้องและได้รับค่าเสียหายจากผู้กระทำการดังกล่าวได้

3.2.2 การจัดวางโครงสร้างองค์กรภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้า

3.2.2.1 ประวัติศาสตร์และแนวคิดในการจัดวางโครงสร้างองค์กรมหาชนจากอดีตถึงปัจจุบัน

นับจากหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ภารกิจลำดับต้นๆของการปฏิรูปเศรษฐกิจ (economic reform) ของประเทศญี่ปุ่น คือ การจัดสมาคมทางการค้าที่ควบคุมเศรษฐกิจในช่วงสงครามออกไป โดย MacArthur ได้แสดงจุดยืนนี้ไว้ตั้งแต่ระยะแรกของการเข้ายึดครองญี่ปุ่น สมาคมทางการค้ามีฐานะเป็นเครื่องมือที่ทำให้การประสานงานทางเศรษฐกิจร่วมกันระหว่างภาครัฐบาลและภาคอุตสาหกรรมมีความเข้มแข็งขึ้น โดยการยุติความสัมพันธ์ของ Zaibatsu ดูจะเป็นการง่ายและประสบผลสำเร็จมากกว่าเสียอีก ซึ่งผู้มีอำนาจในขณะนั้นก็อาจพบว่าเป็นการง่ายกว่าที่จะใช้สมาคมทางการค้าเป็นเครื่องมือในการสื่อสารและดำเนินนโยบายแทนที่จะดำเนินการกับผู้ประกอบธุรกิจโดยตรงเป็นรายบุคคล อย่างไรก็ตามการตรากฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดเพื่อปราบปรามการร่วมมือกัน (cartels) ทั้งภายในประเทศ (domestic) และระหว่างประเทศ (international) ก็ยังไม่เกิดขึ้นจนกระทั่งปี ค.ศ. 1947 โดยกฎหมายว่าด้วยสมาคมทางการค้า (Trade Association Law) หลังจากนั้นฝ่ายสัมพันธมิตรก็ยุติความพยายามในการจัดการระงับตัวของอำนาจทางเศรษฐกิจไปเนื่องจากเหตุผลทางการเมืองในประเทศสหรัฐอเมริกาเอง⁵

ต่อมาเมื่อการยึดครองของสัมพันธมิตรสิ้นสุดลงเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 1952 มาตรการแรกที่รัฐบาลญี่ปุ่นทำคือ ยกเลิกการห้ามใช้ชื่อ Zaibatsu และทำการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติสมาคมทางการค้า ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าสมาคมทางการค้ามีความสำคัญต่อกระทรวงเศรษฐกิจ (the economic ministries) เพียงใด⁶ โดยสมาคมทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น (Japanese Trade Associations) มี self-regulation

³ สุธีร์ ศุภนิติย์. "กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น (ตอนที่ 1)". วารสารนิติศาสตร์. 14, 3 (กันยายน 2527), หน้า 200.

⁴ ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า JFTC (Japanese Fair Trade Commission)

⁵ John Owen Haley. *Authority without power: law and the Japanese paradox.* (New York: Oxford University Press, 1991), p. 151.

⁶ Ibid., p. 151.

(กฎเกณฑ์ของสมาคมทางการค้า) เป็นบทบาทที่สำคัญที่สุดตลอดมา ระบบการสร้างกฎเกณฑ์นี้เกิดขึ้นโดยองค์กรที่เป็นผู้นำของธุรกิจนั้นๆ ได้กำหนดกฎเกณฑ์ทางการค้าในธุรกิจของตนผ่านทางสมาคมทางการค้าของธุรกิจและบังคับใช้กฎเกณฑ์เหล่านี้ผ่านมาตรการบังคับที่กำหนดขึ้นเองเช่นกัน ซึ่งมีข้อคัดค้านต่อกฎเกณฑ์เหล่านี้ว่าเป็นสิ่งที่ช่วยให้การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการเพิ่มขึ้น (self-promote) หรือเป็นการปกป้องธุรกิจของสมาชิกจากการแข่งขัน (self-protect) แต่ผลของระบบความร่วมมือ (cooperative system) ที่เกิดขึ้นในประเทศญี่ปุ่นกลับทำให้ผู้ประกอบการสามารถแข่งขันกันได้ซึ่งแตกต่างไปจากตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกา (the Anglo-Saxon market model) และก็ต่างจากตลาดในแถบภาคพื้นยุโรปที่ภาคธุรกิจแม้จะมีอิทธิพลซึ่งกันและกัน แต่ก็มีผลในการออกกฎเกณฑ์เพื่อใช้บังคับกันเองน้อยเมื่อเทียบกับประเทศญี่ปุ่น⁷

โดยหลังจากที่รัฐบาลญี่ปุ่นได้รับอำนาจอธิปไตยคืนมาอย่างสมบูรณ์เพียงไม่กี่สัปดาห์ก็มีกฎหมายที่ออกตามมา คือ the Law Concerning Special Measures for the Stabilization of Small and Medium Enterprises และ the Export Transactions Law โดยในส่วนของ การจัดการร่วมกันในการส่งออกระหว่างผู้แข่งขันภายใต้ the Export Transactions Law ได้รับการยกเว้นจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดด้วยความเห็นชอบของ JFTC ต่อมาในเดือนกันยายน ปี ค.ศ. 1953 รัฐบาลญี่ปุ่นได้ทำการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายป้องกันการผูกขาดเป็นผลสำเร็จ โดยทำการเพิ่มเติมข้อยกเว้นเรื่องการกำหนดราคาค้าปลีกของสินค้าที่ JFTC กำหนดและผ่อนคลายการบังคับต่อการกระทำที่ถือเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า (restraints of competition) ลง และยังได้นำข้อยกเว้นในเรื่องภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ (depression) และการทำ cartel อย่างมีเหตุผล (rationalization) ภายใต้อธิปไตยให้ความเห็นชอบของ JFTC โดยแม้ว่าการแก้ไขบทบัญญัติในกฎหมายป้องกันการผูกขาดจะเป็นการแสดงให้เห็นถึงนโยบายในการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เคร่งครัดเป็นเวลากว่าทศวรรษ แต่อันที่จริงข้อยกเว้นที่เพิ่มเข้ามาค่อนข้างจะใกล้เคียงกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศเยอรมันตะวันตกซึ่งเป็นที่ยอมรับว่าเป็นการบัญญัติกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่เข้มงวด สิ่งสำคัญมากกว่าการแก้ไขกฎหมายตอนนั้น คือ กฎหมายที่ออกตามมา กฎหมายทั้งสองฉบับที่กล่าวไปแล้วได้มีการเปลี่ยนชื่อและแก้ไขเพิ่มเติม โดยใน the Export Transactions Law ฉบับใหม่ได้ยกเว้นการทำ cartel ในการนำเข้าและให้อำนาจแก่ MITI ในการอนุญาตแทนที่จะเป็น JFTC โดยในระหว่างช่วงปี ค.ศ. 1953 – 1961 สภาไดเอท (the Diet) ได้ตรากฎหมายออกมากกว่า 20 ฉบับมีเนื้อหาให้อนุญาตการทำ cartel ในเกือบจะทุกอุตสาหกรรมในเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่น และตรากฎหมายที่คล้ายกับ the Medium and Small Industry Stabilization Law ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการประสานความร่วมมือของหน่วยธุรกิจอย่างกว้างขวางภายในระบบเศรษฐกิจ⁸

อนึ่ง มีผู้กล่าวว่านโยบายทางเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่น (Japanese industrial policy) นั้นแตกต่างจากประเทศอื่นๆ ก็ตรงที่อยู่บนพื้นฐานของการประสานร่วมมือกันระหว่างองค์กรธุรกิจและแนวทางปฏิบัติที่ออกโดยฝ่ายบริหาร (administrative guidance) และสิ่งเหล่านี้ก็เป็นองค์ประกอบหลักของเศรษฐกิจญี่ปุ่น⁹ โดยเป็น

⁷ Ulrike Schaede. Cooperative Capitalism: Self-Regulation, Trade Associations, and the Antimonopoly Law in Japan. (New York: Oxford University Press, 2000), p. 258.

⁸ John Owen Haley. Authority without power : law and the Japanese paradox, pp. 151 - 152.

ที่ทราบกันดีว่าในประเทศญี่ปุ่นมีการใช้แนวทางปฏิบัติที่สร้างโดยองค์กรของรัฐในการบริหารบ้านเมืองอย่างแพร่หลายและมีบทบาทสำคัญแม้ว่าจะไม่ได้มีสถานะเป็นกฎหมายก็ตาม¹⁰ ซึ่งเรียกว่า Administrative Guidance โดยจัดเป็นเครื่องมือในการบริหารงานอย่างหนึ่งของฝ่ายปกครองและใช้เป็นปกติกับเอกชนทั้งในรูปของบริษัทหรือบุคคลธรรมดา แนวทางปฏิบัตินี้ได้มีอิทธิพลรวมถึงชี้นำพฤติกรรมของภาคเอกชนเพื่อให้บรรลุถึงเป้าหมายของนโยบายเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งตามนิยามศัพท์ที่ปรากฏใน มาตรา 2 วรรค 6 แห่ง Law on Administrative Procedure of 1993 นั้น Administrative Guidance หมายถึง การให้คำแนะนำ (recommendation) คำปรึกษา (advice) และการอื่นใด โดยองค์กรทางปกครองภายใต้ขอบเขตของการปฏิบัติงานต่อบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจงเพื่อให้บุคคลนั้นกระทำการหรือหยุดกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อให้เป็นไปตามเป้าหมายที่กำหนดในการดำเนินงาน แต่มิใช่การทำคำตัดสินทางปกครอง (administrative decision) โดยอาจจะอยู่ในรูปแบบของลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ได้¹¹ อาจสรุปได้ว่าลักษณะที่สำคัญของ administrative guidance มีอยู่ 3 ประการ ประการแรก คือ เป็นการปรับปรุงแก้ไขพฤติกรรม (modification of behavior) องค์กรของรัฐออกแนวทางปฏิบัติมาเพื่อให้กระทำหรือห้ามกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งก็เพื่อให้การทำภารกิจขององค์กรสัมฤทธิ์ผล ซึ่งแตกต่างจากการอธิบายการตีความกฎหมายที่อยู่ภายใต้ความดูแลขององค์กรเนื่องจากองค์กรของรัฐไม่มีเจตนาให้เกิดผลในการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมไปในทางใดทางหนึ่ง ประการที่สอง คือ การไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย (lack of legal effect) โดยแนวทางปฏิบัติที่ออกมาไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ของบุคคลที่ได้รับผลกระทบได้¹² การไม่ปฏิบัติตามจึงไม่อาจนำไปสู่ศาล หรือการใช้กระบวนการพิจารณาโดยฝ่ายปกครองอื่นใด รวมถึงการบังคับด้วยมาตรการทางกฎหมายได้ ประการสุดท้าย คือ การยินยอมโดยสมัครใจ (voluntary compliance) เมื่อไม่มีผลบังคับโดยกฎหมายการปฏิบัติตามจึงต้องอาศัยความสมัครใจ ซึ่ง administrative guidance นี้ทำให้ภาครัฐหลีกเลี่ยงอุปสรรคทางกฎหมาย เช่น ปัญหาการขัดรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และความยุ่งยากทางการเมือง เช่น การที่องค์กรท้องถิ่น (local government) ไม่อาจกระทำการในขอบเขตเฉพาะเรื่องได้ (inability to take action in certain area) และยังให้ความรวดเร็วและยืดหยุ่นอีกด้วย ทำให้เป็นหนึ่งในวิธีการที่มีความสำคัญตลอดมาในการบริหารงานภาครัฐ เพราะเมื่อมีแนวทางปฏิบัติในเรื่องใดออกมาข้อพิพาทในเรื่องดังกล่าวก็จะลดลงอย่างมากโดยไม่จำเป็นที่จะเป็นการยอมรับด้วยความพอใจหรืออาจเป็นเพียงเพราะไม่ต้องเจอกับกฎเกณฑ์ที่เข้มงวดกว่านี้¹³ สำหรับ JFTC เองก็เป็นหน่วยงาน

⁹ David E. Weinstein. "Evaluating Administrative Guidance and Cartels in Japan". in Japanese Law in Context: Reading in Society, the Economy, and Politics. eds. Curtis J. Milhaupt, J. Mark Ramseyer, Michael K. Young. (Cambridge (Mass.): Harvard University Asia Center : Distributed by Harvard University Press, 2001), p. 541.

¹⁰ องค์กรของรัฐในประเทศญี่ปุ่นใช้วิธีการกำหนดแนวทางปฏิบัติเป็นเทคนิคในการบริหารมากถึง ร้อยละ 80 ของการบริหารงานราชการของญี่ปุ่น จาก Michael K. Young. "Administrative Guidance in the Courts: A Case Study in Doctrinal Adaptation". in Japanese Law and Legal Theory. ed. Koichiro Fujikura. (Aldershot: Dartmouth, 1996), p. 151.

¹¹ Hiroshi Oda. Japanese Law. 2nd ed. (New York : Oxford University Press, 2001), pp. 54 - 55.

¹² มีข้อยกเว้น โดยเฉพาะในการออกแนวทางปฏิบัติภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด

หนึ่งที่ใช้เครื่องมือที่มีรูปแบบไม่เป็นทางการ (informal instrument) นี้ในการบริหารงานภารกิจที่ตนรับผิดชอบ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

โดยมีข้อสังเกตว่า¹⁴ ตามประวัติศาสตร์ของประเทศญี่ปุ่นระบบเศรษฐกิจนั้นสร้างขึ้นมาจากพื้นฐานของการร่วมมือกัน (cooperation) ภายใต้สมมติฐานของความเชื่อที่ว่าความร่วมมือระหว่างองค์กรธุรกิจในรูปแบบสมาคมทางการค้านั้นทำให้เศรษฐกิจเจริญก้าวหน้าและเป็นสิ่งที่ดีสำหรับประเทศ¹⁵ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงคำว่า cartel ในภาษาญี่ปุ่น (karuteru) ที่มีความหมายว่า “ความตกลงร่วมมืออันมีสภาพบังคับจริงจังระหว่างกลุ่มของผู้ประกอบการธุรกิจที่แข่งขันกัน” โดยปราศจากความหมายอันเป็นนัยทางลบ และจะต้องใช้คำว่า shadow cartel (yami karuteru) สำหรับการกระทำที่ผิดกฎหมาย ความร่วมมือระหว่างองค์กรธุรกิจโดยปกติจึงไม่ใช่สิ่งเลวร้ายในสังคมญี่ปุ่น กล่าวคือ ประเทศญี่ปุ่นอาจใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดที่มีแนวความคิดพื้นฐานทางกฎหมายดั้งเดิมมาจากประเทศสหรัฐอเมริกา แต่การตีความกฎหมายนี้ในประเทศญี่ปุ่นมีความแตกต่างกันอย่างมาก ดังนั้นตราบไต่ที่ยังตีความกฎหมายแตกต่างกันเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่นก็ย่อมจะดำเนินไปด้วยวิถีที่ต่างจากเศรษฐกิจของประเทศสหรัฐอเมริกา

3.2.2.2 การจัดวางโครงสร้างองค์กรที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจของมหาชน

Japanese Fair Trade Commission : JFTC ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายพิเศษอื่นที่เกี่ยวข้องด้วยเจตนารมณ์ในการกำจัดอิทธิพลทางการเมืองต่อการบังคับใช้กฎหมายเหล่านี้ โดยอิทธิพลทางการเมืองเกิดขึ้นจากการที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายพิเศษอื่นที่เกี่ยวข้องได้เข้าควบคุมกฎเกณฑ์พื้นฐานในการประกอบธุรกิจให้อยู่ในกรอบของระบบการค้าเสรี ซึ่งเท่ากับเป็นการสร้างรากฐานแห่งระบบเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่นขึ้นมาเพื่อรับมือกับสิ่งต่างๆ และรวมถึงความขัดแย้งทางผลประโยชน์ด้วย (conflict of interests)

เหตุผลอีกประการหนึ่งในการก่อตั้ง JFTC ขึ้น คือ ความต้องการสร้างกระบวนการยุติข้อตกลงในการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดซึ่งมีความเป็นกลาง (neutrality) และเป็นธรรม (fairness) เหมือนกับการพิจารณาคดีของศาล ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายเหล่านี้จะต้องนำไปประยุกต์ใช้กับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างต่อเนื่อง การที่จะบังคับใช้ให้สัมฤทธิ์ผลจำเป็นต้องใช้การพิจารณาวินิจฉัยที่เชี่ยวชาญ (expert judgment) จากบุคลากรที่มีประสบการณ์ ผู้ซึ่งมีความรู้ทรงคุณวุฒิทั้งในทางกฎหมายและทางเศรษฐศาสตร์

¹³ Michael K. Young. "Administrative Guidance in the Courts: A Case Study in Doctrinal Adaptation". in Japanese Law and Legal Theory, p. 129.

¹⁴ Ulrike Schaede. Cooperative Capitalism: Self-Regulation, Trade Associations, and the Antimonopoly Law in Japan, p. 275.

¹⁵ ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นมีบทบัญญัติให้การทำ cartel สามารถทำได้หากเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ (in the public interest)

แม้ว่าการก่อตั้ง JFTC อาจมีปัญหาขัดต่อรัฐธรรมนูญเหมือนกับที่องค์กร FTC ของประเทศสหรัฐอเมริกาเคยประสบ แต่องค์กรของรัฐองค์กรนี้ก็เป็นที่พอใจอย่างสมบูรณ์จากคณะรัฐมนตรี โดยอำนาจในการแต่งตั้งประธานและกรรมการ การยื่นเสนอร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อสภาไดเอท และการทำร่างกฎหมายงบประมาณ (to compile the budget bill) นั้นเป็นของนายกรัฐมนตรี ซึ่งระบบนี้เป็นเครื่องมือทำหน้าที่ตรวจสอบโครงสร้างและภารกิจต่างๆของ JFTC แต่การแต่งตั้งประธานและกรรมการจำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาไดเอททั้งสอง และ JFTC ต้องจัดทำรายงานประจำปีเกี่ยวกับสภาพการบังคับใช้กฎหมาย ป้องกันการผูกขาดยื่นต่อสภาไดเอท จึงเท่ากับว่ากระบวนการเหล่านี้ถือเป็นการกำกับดูแล JFTC โดยสภาไดเอทด้วย (under the supervision of the Diet)

3.2.2.3 การบริหารและบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐ

โดยทั่วไป องค์กรที่ได้รับความไว้วางใจในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด คือ JFTC และศาล กล่าวโดยย่อ JFTC มีอำนาจสืบสวนสอบสวน (investigate) ความผิดของผู้ต้องสงสัย รับฟังการพิจารณาคดี (administrative hearing about the case) และพิจารณาคัดสินว่าเป็นความผิดหรือไม่ ซึ่งคำชี้ขาดของ JFTC นี้สามารถถูกตรวจสอบได้โดยศาลถึง 2 ระดับ¹⁶

การกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดอาจตกอยู่ภายใต้การดำเนินกระบวนการทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

ประการแรก เป็นกระบวนการทางปกครอง (administrative process) กล่าวคือ JFTC จะหยุดการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายและออกคำสั่งให้ระงับหรือหยุดการกระทำ (a cease-and-desist order) และ JFTC อาจออกคำสั่งปรับ (an administrative surcharge) ให้แก่คู่กรณีฝ่ายซึ่งมีส่วนร่วมในการร่วมกันกำหนดราคาหรือมีข้อตกลงร่วมกันอย่างอื่นอันมีผลกระทบต่อราคาสินค้า

ประการที่สอง เป็นการบังคับใช้กฎหมายโดยเอกชน (private enforcement) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาความเสียหายให้กับเอกชนในการฝ่าฝืนกฎหมายของจำเลย โดยการฟ้องคดีโดยเอกชนนี้อยู่ภายใต้มาตรา 25 และ มาตรา 26 แห่งกฎหมายป้องกันการผูกขาด หรือผู้เสียหายอาจฟ้องคดีได้ตามหลักกฎหมายละเมิด มาตรา 709 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง

ประการที่สาม เป็นการดำเนินคดีทางอาญา เพราะเหตุที่ความผิดบางฐานในกฎหมายป้องกันการผูกขาดมีความผิดเป็นโทษทางอาญา¹⁷ เช่น การผูกขาด (private monopolization) การจำกัดทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม (unreasonable restraint of trade หรือ cartels¹⁸) แต่ไม่รวมถึงการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า

¹⁶ Tokyo High Court และ the Supreme Court

¹⁷ ดูเพิ่มเติม มาตรา 89 ถึงมาตรา 91 แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

(unfair trade practices) โดยเหตุผลคือ พฤติกรรมดังกล่าวของผู้ประกอบธุรกิจจัดเป็นความผิดที่ไม่รุนแรงเมื่อเทียบกับความผิดสองประการแรก¹⁹

ในระหว่างมาตรการทางกฎหมายทั้งสามประการ กระบวนการบริหารและบังคับใช้กฎหมายโดย JFTC ได้รับความนิยมนมากที่สุด

มีผู้ให้ข้อสังเกตว่า²⁰ มีปัจจัย 3 ประการที่เป็นอุปสรรคต่อการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของ JFTC กล่าวคือ

1) ขาดความเข้าใจของสาธารณชนในเรื่องการป้องกันการผูกขาด – เนื่องจากในเนื้อหาของกฎหมายป้องกันการผูกขาดเอง โดยคนทั่วไปไม่มีความแน่ใจว่าการกระทำเช่นใดที่กฎหมายอนุญาตและการกระทำเช่นใดที่ถือเป็นความผิด ทำให้ยากต่อการบังคับใช้กฎหมาย

2) ขาดการฟ้องคดีโดยเอกชน – ในประเทศสหรัฐอเมริกาการฟ้องคดีโดยเอกชนเป็นกระบวนการสำคัญในการป้องกันการกระทำ cartel แต่ในประเทศญี่ปุ่นมีการฟ้องคดีโดยเอกชนน้อยมาก โดยเปรียบเทียบสถิติของทั้งสองประเทศในระหว่างปี ค.ศ. 1945 – 1988 มีการฟ้องถึง 31,745 คดีในประเทศสหรัฐอเมริกา ในขณะที่ประเทศญี่ปุ่นมีเพียง 15 คดี และเหตุผลสำคัญมิได้อยู่ที่ทัศนคติที่มีต่อการฟ้องคดีของทั้งสองประเทศ แต่เป็นเพราะต้นทุนที่สูงประกอบกับความเป็นไปได้ที่จะชนะคดีค่อนข้างต่ำ และการฟ้องคดีผ่านมาตรา 25 แห่ง AMA²¹ ก็ไม่สะดวกสำหรับโจทก์ที่ไม่ได้อยู่ในโตเกียวเพราะศาลที่มีเขตอำนาจคือ ศาลสูงแห่งกรุงโตเกียว และที่สำคัญไปกว่านั้นคือโจทก์ต้องรับภาระการพิสูจน์โดยนำเสนอหลักฐานแสดงความสัมพันธ์กันระหว่างความตกลง (collusion) และความเสียหายที่เกิด โดยไม่มีแรงจูงใจจากการเรียกค่าเสียหายในเชิงลงโทษหรือเรียกค่าเสียหายเป็นจำนวนสองหรือสามเท่าจากที่เสียหายจริง และการที่ระบบกฎหมายของญี่ปุ่นไม่เปิดให้ฟ้องคดีแบบ class action โจทก์จึงไม่มีทางออกในการร่วมกันออกค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดี

3) วัฒนธรรมของกฎหมายและการควบคุมบริหารของประเทศญี่ปุ่น (the Japanese legal and regulatory culture) – ความไม่ชัดเจน (imprecise) และความไม่จริงจัง (inconsistent) ในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดประกอบกับขาดหลักการที่เป็นธรรม (lack of precedents) เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่เกิดอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมาย ผู้ประกอบธุรกิจไม่มีความแน่ใจว่าการใดเป็นสิ่งที่กฎหมายห้ามเนื่องจาก

¹⁸ Mitsuo Matsushita. *International Trade and Competition Law in Japan*. (New York: Oxford University Press, 1993), p. 87.

¹⁹ *Ibid.*, p. 112 - 113.

²⁰ Ulrike Schaede. *Cooperative Capitalism: Self-Regulation, Trade Associations, and the Antimonopoly Law in Japan*, pp. 109 - 111.

²¹ เอกชนสามารถฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายทางแพ่งได้ 2 แนวทาง คือ ผ่านมาตรา 25 แห่งกฎหมายป้องกันการผูกขาด และผ่านกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น มาตรา 709

วัฒนธรรมการบังคับใช้กฎหมายที่ขึ้นอยู่กับสถานการณ์และไม่ทำอย่างเป็นทางการทำให้รัฐตีความแนวทางปฏิบัติที่ออกมาอย่างยืดหยุ่น โดยแม้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่นจะมีความคล้ายกันแต่ความแตกต่างของวัฒนธรรมกฎหมายก็ทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีความแตกต่างกันอย่างมาก ในประเทศสหรัฐอเมริกามุ่งเน้นการบังคับกฎหมายเพื่อปกป้องเจตนารมณ์ที่กฎหมายคุ้มครอง คือ ผู้บริโภค ในทางกลับกันวัฒนธรรมการบริหารงานราชการของประเทศญี่ปุ่นเน้นไปที่ความกินดีอยู่ดีและความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ โดยเห็นว่าการคุ้มครองผู้บริโภคจะเกิดขึ้นตามมาในที่สุด ระบบบริหารงานราชการ (bureaucratic system) นี้อยู่บนพื้นฐานของการตัดสินใจร่วมกันหรือเจรจาตกลงกันระหว่างภาครัฐกับภาคธุรกิจ และภายใต้ระบบนี้นโยบายป้องกันการผูกขาดจึงได้ประโยชน์โดยการกำหนดนโยบายต่างๆเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ การดำเนินการกิจอย่างเหมาะสมจึงต้องมีกฎหมายที่เปิดโอกาสให้มีการตีความหมายได้มากกว่าหนึ่ง แต่ยิ่งถ้อยคำตีความได้กว้างเท่าไร ก็ยิ่งเป็นการยากต่อ JFTC ในการตีความบทบัญญัติเพื่อบังคับใช้กฎหมาย

จากปัจจัยทั้งสามที่กล่าวมาข้างต้นจึงเป็นผลให้ประเทศญี่ปุ่นขาดสถาบันในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดอย่างจริงจัง โดย JFTC พบว่าองค์กรนี้อาจใช้อำนาจที่มีอยู่ในกฎหมายอย่างเข้มงวดและยังไม่สามารถหยุดการเพิ่มขึ้นของการสร้างกฎเกณฑ์โดยสมาคมทางการค้าตั้งแต่ช่วงทศวรรษที่ 80 ได้

(ก) คณะกรรมการการค้าอันเป็นธรรม

สถานะขององค์กรคณะกรรมการการค้าอันเป็นธรรมแห่งประเทศญี่ปุ่น (the Japan Fair Trade Commission - JFTC) เป็นองค์กรทางปกครองหนึ่งของรัฐที่มีภารกิจในการทำให้เจตนารมณ์ที่อยู่ในกฎหมายป้องกันการผูกขาด (the Antimonopoly Act: AMA) นั้นบรรลุผล นอกจากนี้ยังรวมถึงกฎหมายพิเศษอื่นที่ช่วยเสริมให้การบังคับใช้ AMA สมบูรณ์ คือ the Act Against Unjustifiable Premiums and Misleading Representations (1962) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค และ the Act Against Delays in Payment of Subcontract Proceeds (1956) ภายใต้วัตถุประสงค์เพื่อปกป้องผู้ประกอบการธุรกิจขนาดเล็กและขนาดกลาง (SMEs) โดยกฎหมายทั้งสองฉบับนี้มีกระบวนการบังคับใช้ที่ง่ายเพื่อว่า JFTC สามารถดำเนินการได้อย่างรวดเร็ว²²

องค์กร JFTC นั้นบริหารงานโดยขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรี และมีสถานะเป็นองค์กรที่ไม่อยู่ในความควบคุมหรือดูแลของคณะรัฐมนตรี (an external organ of the Cabinet Office) โดย JFTC มีลักษณะเป็นองค์กรทางปกครองที่อยู่ภายใต้ระบบการปรึกษาหารือ (council system) กล่าวคือ องค์กรประกอบไปด้วยประธานและกรรมการอีก 4 คน และในการดำเนินการภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดคณะกรรมการสามารถปฏิบัติงานได้อย่างอิสระโดยปราศจากการควบคุมบังคับบัญชา (directed) หรือกำกับดูแล (supervised) โดยองค์กรอื่นใด ซึ่งเป็นหลักการที่มาจากระบบทางการเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยมิได้พิจารณาว่าใน

²² Masanao Nakagawa (ed.). *Antimonopoly Legislation of Japan*. (Tokyo: Kosei Torihiki Kyokai (Fair Trade Institute), 1984), p. 328.

ประเทศญี่ปุ่นองค์กรที่เป็นอิสระนั้นแทนที่จะมีอำนาจมากกลับจะมีอำนาจน้อยกว่าองค์กรของรัฐทั่วไปเสียอีก และระบบการแต่งตั้งโดยอำนาจทางการเมืองก็ได้มีอยู่ในประเทศญี่ปุ่นมาก่อน ในทางปฏิบัติโดยปกติญี่ปุ่นจะเลือกกรรมการใน JFTC จากข้าราชการประจำในกระทรวง ซึ่งเป็นการสร้างผลร้ายอย่างสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายต่อผู้ประกอบการ JFTC จึงเป็นส่วนหนึ่งของระบบบริหารงานราชการของญี่ปุ่น และด้วยสถานะขององค์กรที่ต่ำกว่ากระทรวงที่ควบคุมภาคธุรกิจ เช่น MITI ดังนั้น JFTC จึงไม่อยู่ในฐานะที่จะต่อกรกับกระทรวงต่างๆ เหล่านี้ได้ง่ายนัก²³

ปัจจุบัน สถานะขององค์กร JFTC เปลี่ยนไปโดยพระราชบัญญัติเปลี่ยนสถานะของ JFTC ให้เป็นองค์กรที่อยู่ภายนอกการควบคุมของคณะรัฐมนตรี²⁴ ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 9 เมษายน ค.ศ. 2003 เจตนารมณ์ของกฎหมายก็เพื่อแยกคณะกรรมการออกมาจากการเป็นส่วนหนึ่งของ the Ministry of Public Management, Home Affairs, Posts and Telecommunications ที่กำกับดูแลโดยรัฐมนตรี (ปัจจุบันคือ the Ministry of Internal Affairs and Communications)

(1) องค์กรประกอบของคณะกรรมการการค้าอันเป็นธรรม

JFTC เป็นองค์กรทางปกครองในรูปแบบของคณะกรรมการที่เป็นอิสระ และมีเจ้าหน้าที่ซึ่งถูกสรรหาเข้ามาทำหน้าที่เพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินงานของ JFTC โดยอยู่ภายใต้สำนักนายกรัฐมนตรี²⁵ แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมถึงนายกรัฐมนตรีไม่อาจเข้าแทรกแซงอำนาจในการตัดสินใจของ JFTC ได้ ดังนั้นความมีอิสระในการพิจารณาตัดสินความผิด การตัดสินใจเลือกวิธีการปฏิบัติ และการกระทำใดภายในขอบอำนาจจึงได้รับหลักประกันโดยกฎหมาย²⁶ JFTC ประกอบไปด้วย ประธาน 1 คน และกรรมการอีก 4 คน คุณสมบัติของผู้ที่จะเข้ารับตำแหน่งประธานและกรรมการจะต้องเป็นบุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 35 ปีขึ้นไปและมีความรู้ทางกฎหมายและเศรษฐศาสตร์เป็นอย่างดี โดย JFTC จะถูกเลือกโดยนายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎร (House of Representatives) และวุฒิสภา (House of Councillors) และตำแหน่งประธานต้องได้รับการรับรองจากจักรพรรดิ วาระการดำรงตำแหน่งของประธานและกรรมการคราวละ 5 ปี และมีสำนักงาน JFTC ที่ยังแบ่งแยกย่อยออกเป็นหลายแผนก หลายส่วน

²³ Ulrike Schaeede. *Cooperative Capitalism: Self-Regulation, Trade Associations, and the Antimonopoly Law in Japan*, p. 113.

²⁴ The Bill concerning Revisions of Relating Laws for Transition of the Fair Trade Commission to an External Organ of the Cabinet Office

²⁵ เนื่องจาก JFTC ไม่ใช่หน่วยงานภายใต้กระทรวงซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาของรัฐมนตรี (member of the Cabinet) จึงไม่ผูกพันให้ต้องเสนอร่างกฎหมายหรือร่างงบประมาณประจำปีต่อคณะรัฐมนตรี แต่กระทำการผ่านสำนักนายกรัฐมนตรี (the Office of the Prime Minister) ซึ่งมีดุลพินิจเด็ดขาดในเรื่องดังกล่าว จาก Zentaro Kitagawa (ed.). *Doing business in Japan*. Vol. 5. (New York: Matthew Bender, 1991), p. IX 1 – 20.

²⁶ มาตรา 28 แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

“ให้ประธานและกรรมการแห่งคณะกรรมการการค้าอันเป็นธรรมปฏิบัติหน้าที่อย่างอิสระ”

ดังที่กล่าวไว้เบื้องต้น การเลือกผู้ดำรงตำแหน่งเป็นประธานและกรรมการนั้นเป็นการตัดสินใจของ นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบจากสภาไดเอทแห่งชาติ (House of the National Diet) ทั้งสอง รวมถึงงบประมาณของ JFTC ก็ขึ้นกับการพิจารณาของสภาไดเอท ด้วยเหตุนี้การเลือกประธานและกรรมการจึงอาจได้รับอิทธิพลทางการเมือง JFTC จะต้องรายงานผลงานต่อสภาไดเอทปีละครั้ง อย่างไรก็ตามงบประมาณจะได้รับพิจารณาเมื่อมีการตั้งผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่ง โดยตามหลักการแล้ว JFTC เป็นอิสระจากอำนาจทางปกครองอื่นรวมถึงอิทธิพลทางการเมืองต่างๆ เว้นแต่กรณีที่ว่าคำตัดสินของ JFTC อาจถูกทบทวนได้โดยศาล

มีข้อสังเกตว่า ในทางปฏิบัติผู้นำหลายคนในภาครัฐและภาคอุตสาหกรรมไม่ได้มองว่านโยบายป้องกันการผูกขาดเป็นการควบคุมโดยอิสระ (an independent regulatory policy) แต่มีความเห็นว่าเป็นส่วนสำคัญของนโยบายทางเศรษฐกิจ (an integral part of economic policy) นอกจากนี้ในเกือบตลอดระยะเวลาของช่วงหลังสงคราม (postwar period) กรรมการใน JFTC เป็นข้าราชการประจำระดับสูงที่เกษียณแล้วจากกระทรวงการคลัง (Ministry of Finance) ซึ่งจากการทำงานให้กับกระทรวงมากกว่า 30 ปีทำให้ผูกติดอยู่กับเครือข่ายความสัมพันธ์ระหว่างธุรกิจและรัฐบาล (firmly tied to the network underlying government-business relations) และยากที่จะป้องกันการถูกแทรกแซงทางการเมือง (far from immune from political interference)²⁷

จากมุมมองของภาคธุรกิจ (corporate perspective) การใช้นโยบายป้องกันการผูกขาด (antitrust policy) มาแทรกแซงนโยบายทางอุตสาหกรรมมีกระบวนการที่สำคัญ 2 ประการด้วยกันคือ ประการแรก ผู้ประกอบธุรกิจได้เรียนรู้แล้วว่าความร่วมมือนำมาซึ่งผลประโยชน์ ในกรณีที่ความตกลงยากที่จะสำเร็จหรือมีผลบังคับใช้จริงเนื่องจากธรรมชาติของการแข่งขันในอุตสาหกรรมนั่นเองก็จะนำไปสู่การเจรจาไกล่เกลี่ยและสร้างกระบวนการต่อรองขึ้น เพราะฉะนั้นในช่วงปี ค.ศ. 1950 ถึงปี ค.ศ. 1960 จึงเกิดความร่วมมือขึ้นอย่างมากแม้แต่ในอุตสาหกรรมที่โดยปกติแล้วมีการแข่งขันกันสูง ซึ่งทำให้เกิดแนวโน้มในการสร้างความร่วมมือระหว่างบริษัท คู่ป่วนด้วยกันสูง มีการสร้างความตกลงใหม่ๆเช่นเดียวกับประสบการณ์ในอดีตของการร่วมมือกันผ่านทางสมาคมทางการค้า ประการที่สอง คือ มีการสนับสนุนจากรัฐบาลให้ทำ cartel และมีการทำ cartel เป็นจำนวนมาก ซึ่งเท่ากับว่าการวางโครงสร้างและการบังคับให้เป็นไปตามความตกลงที่สร้างขึ้นโดยกลุ่ม cartel เป็นหน้าที่ของภาคอุตสาหกรรมนั้นๆเป็นส่วนใหญ่ เนื่องจากกระทรวงอุตสาหกรรมและการค้าระหว่างประเทศ (MITI) และกระทรวงอื่นๆไม่ได้มีกำลังเพียงพอที่จะควบคุมข้อตกลงในภาคอุตสาหกรรมทั้งหมด ภารกิจอันนี้จึงเป็นของเหล่าสมาคมทางการค้า โดยภายใต้กระบวนการเช่นนี้ ผู้ประกอบธุรกิจจึงเรียนรู้วิธีการสร้างความตกลงและการตรวจสอบการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด และยังได้เรียนรู้อีกว่าหากความตกลงนั้นไม่มีผลขัดต่อกฎหมายอย่างชัดแจ้งก็ไม่จำเป็นต้องกลัวการแทรกแซงรวมถึงการลงโทษจาก JFTC ส่วนแนวทางปฏิบัติ (administrative

²⁷ Ulrike Schaede. Cooperative Capitalism: Self-Regulation, Trade Associations, and the Antimonopoly Law in Japan, p. 108.

guidance) ที่ทางกระทรวงออกมาเพื่อให้ภาคธุรกิจควบคุมตนเองก็เป็นการวางหลักการพื้นฐานในอุตสาหกรรมต่างๆเพื่อเปลี่ยนจากความรับผิดชอบที่ตนได้รับมอบหมายไปสู่การควบคุมตนเองโดยอิสระ (independent self-regulation)²⁸

(2) อำนาจและหน้าที่ของคณะกรรมการการค้าอันเป็นธรรม

ก. ความรับผิดชอบโดยทั่วไป

ลักษณะที่สำคัญที่สุดของ JFTC คือ การเป็นองค์กรทางปกครองอิสระ (an independent administrative agency) โดย JFTC มีอำนาจกึ่งนิติบัญญัติในการออกกฎเกณฑ์เพื่อใช้ภายในประเทศ และอำนาจกึ่งตุลาการในการพิจารณาคดี และยังมีอำนาจเช่นเดียวกับองค์กรทางปกครอง ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าอำนาจของ JFTC สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภทด้วยกัน คือ (1) อำนาจทางบริหาร (administrative power) (2) อำนาจกึ่งนิติบัญญัติ (quasi-legislative power) (3) อำนาจกึ่งตุลาการ (quasi-judicial power) โดยอำนาจกึ่งตุลาการนี้มาจากบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ JFTC ในการหยุดยั้งพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายป้องกันการแข่งขันและออกคำสั่งแก่ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายให้หยุดการกระทำนั้นเสีย อำนาจในส่วนนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นแกนหลักของอำนาจของ JFTC ซึ่งจะได้อธิบายต่อไปภายหลัง

อำนาจในทางปกครอง (Administrative Power)

อำนาจในทางปกครองสามารถแยกได้เป็นอำนาจทั่วไปในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด และกฎหมายพิเศษอื่นที่เกี่ยวข้อง ประการหนึ่ง กับอำนาจในการจัดการกระทำผิดที่เกิดขึ้น (the power for eliminating offenses)

ขั้นตอนของการใช้อำนาจทั่วไป มีดังนี้

- 1) รับและยืนยันการแจ้งหรือรายงานต่างๆจากผู้ประกอบธุรกิจภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด
- 2) ดำรงกิจกรรมการประกอบธุรกิจ สภาวะทางเศรษฐกิจ และสภาพการผูกขาดโดยทั่วไปในตลาด
- 3) รับผิดชอบต่อกรรมการก่อนทำการแก่ผู้ประกอบธุรกิจและสมาคมทางการค้า
- 4) เตรียมแนวทางปฏิบัติ (guidelines) เพื่อช่วยในการบังคับใช้กฎหมาย
- 5) ประสานงานให้ความร่วมมือในการตราและแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย หรือระเบียบ กฎเกณฑ์ และวิธีการทางปกครองในทางเศรษฐกิจ ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวข้องกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดและนโยบายการแข่งขันทางการค้ากับองค์กรทางปกครองอื่นๆ
- 6) ทำการอภิปรายแลกเปลี่ยนความคิดเห็นกับองค์กรระหว่างประเทศ และ องค์กรที่มีอำนาจในการควบคุมการ

²⁸ Ibid., p. 108.

แข่งขันทางการค้า (competition authorities) ในต่างประเทศ

อำนาจในทางบริหารรวมหมายถึงอำนาจหลากหลายประเภท ตัวอย่างเช่น การให้อนุญาตข้อตกลงบางอย่าง ให้คำปรึกษาแก่เจ้าหน้าที่องค์กรอื่นของรัฐ และร้องขอ dispositions จากเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น และในเรื่องที่เกี่ยวข้อง โดยเดิมที JFTC มีอำนาจในการอนุญาตให้ผู้ประกอบการทำความตกลงร่วมกันภายใต้ภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ (depression cartels)²⁹ รวมถึงการสร้างข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการโดยมีเหตุผลภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด (rationalization cartels)³⁰ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีความสำคัญมาก แต่ปัจจุบันได้ถูกยกเลิกตามสถานการณ์ที่เปลี่ยนไป

ภายใต้ the Act Against Unjustifiable Premiums and Misleading Representations ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถสร้างแนวทางในการแข่งขันอันเป็นธรรม (Fair Competition Code)³¹ ได้ ซึ่งเหล่าผู้ประกอบการจะตกลงกันในเงื่อนไขของการแข่งขันในเรื่องการให้ของแถม (premium) และในกรณีที่มีการนำเสนอสินค้าซึ่งรวมถึงการโฆษณาสินค้าต่างๆ และเมื่อผู้ประกอบการตกลงเห็นชอบร่วมกันในร่างของประมวลจริยธรรมการแข่งขันอันเป็นธรรมแล้วก็จะต้องยื่นต่อ JFTC เพื่อพิจารณาในเนื้อหาและหากร่างเป็นไปตามเงื่อนไขการพิจารณาอนุญาตก็จะอนุญาตให้ใช้ได้และจะได้รับการยกเว้นจากบทบัญญัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาด³²

บางบทบัญญัติในกฎหมายป้องกันการผูกขาดกำหนดให้ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องทำรายงาน (reporting) หรือ ยื่นเรื่อง (filing) สำหรับข้อมูลบางอย่างแก่ JFTC โดยใน มาตรา 8 (2) ผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมกันตั้งสมาคมทางการค้าขึ้นจะต้องจัดทำรายงานในรายละเอียดของสมาคม และในมาตรา 15 (2) บริษัทที่จะควบกิจการจะต้องจัดทำรายงานรายละเอียดให้กับ JFTC ในกรณีต่างๆเหล่านี้ JFTC จะได้รับรายงานที่ยื่นโดยผู้ประกอบการ และหากเกิดปัญหาประการใดก็จะดำเนินการตามวิธีการที่เหมาะสมต่อไป³³

²⁹ จากมาตรา 24.3 เดิม JFTC อาจให้อนุญาตการสร้างข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการเพื่อแก้ปัญหาสถานการณ์ทางเศรษฐกิจตกต่ำ (a depression cartel) โดยเมื่อเกิดความตกต่ำทางเศรษฐกิจขึ้น เหล่าผู้ประกอบการสามารถทำความตกลงในเงื่อนไขของการแข่งขันเพื่อที่จะพำนักของตนไปให้ตลอดรอดพ้นช่วงวิกฤติได้ เช่น การลดกำลังการผลิตลง ซึ่งจะต้องนำร่างความตกลงนี้ยื่นให้แก่ JFTC พิจารณา และ JFTC จะให้อนุญาตก็ได้หากพิจารณาแล้วมีความเห็นชอบในความจำเป็นในการกระทำที่ผู้ประกอบการกล่าวอ้างมา และเมื่อข้อตกลงได้รับการอนุญาตภายใต้มาตรา 24.3 ก็จะได้รับยกเว้นจากบทบัญญัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาด

³⁰ จากมาตรา 24.4 เดิม JFTC อาจให้อนุญาตการสร้างข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ โดยมีเหตุผลในการกระทำ เช่น การสร้างมาตรฐานของสินค้าร่วมกัน วิธีการในการทดสอบผลิตภัณฑ์ และการอื่นที่เกี่ยวข้อง และเมื่อข้อตกลงได้รับการอนุญาตก็จะได้รับการยกเว้นจากบทบัญญัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาด

³¹ ดูเพิ่มเติม มาตรา 10 แห่ง the Act Against Unjustifiable Premiums and Misleading Representations of 1962

³² Mitsuo Matsushita. *International Trade and Competition Law in Japan*, p. 101.

³³ *Ibid.*, p. 101.

อำนาจในการบริหารของ JFTC ที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ การให้คำปรึกษารวมถึงสอบถามแก่เจ้าหน้าที่องค์กรอื่นของรัฐ มีกฎหมายหลายฉบับที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการให้อนุญาตผู้ประกอบการในการร่วมกันหรือทำข้อตกลงทางธุรกิจภายใต้วัตถุประสงค์ที่หลากหลาย ซึ่งโดยปกติแล้วในกฎหมายเหล่านั้นจะมีบทบัญญัติกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องขอคำปรึกษาของ JFTC ก่อนที่จะมีการอนุญาต ตัวอย่างเช่น ในมาตรา 34 (1) - (5) แห่งกฎหมายธุรกรรมการค้าเข้าและส่งออก (the Export and Import Transactions Law) กระทรวงอุตสาหกรรมและการค้าระหว่างประเทศ (MITI: Ministry of International Trade and Industry) ต้องขอคำปรึกษาจาก JFTC ก่อนที่จะได้อนุญาตการสร้างข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันในการส่งออก โดยกระทรวงอุตสาหกรรมและการค้าระหว่างประเทศไม่ผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามการให้ความเห็นของ JFTC แต่อย่างไรก็ตาม JFTC ได้มีโอกาสในการแสดงความคิดเห็นต่อข้อตกลงนั้นๆ จากมุมมองที่มีจุดยืนจากนโยบายการแข่งขัน และในกฎหมายองค์กรธุรกิจขนาดเล็ก (the Small Business Organization Law) กระทรวงอุตสาหกรรมและการค้าระหว่างประเทศจะต้องได้รับความเห็นชอบจาก JFTC ในการอนุญาตให้ผู้ประกอบการธุรกิจขนาดเล็กร่วมกันทำข้อตกลงในการกำหนดราคา³⁴

ในบางกรณี JFTC มีอำนาจสั่งให้เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐเพิกถอนการอนุญาตในข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการ ตัวอย่างเช่น ในมาตรา 34 (9) แห่งกฎหมายธุรกรรมการค้าเข้าและส่งออก JFTC อาจร้องขอให้กระทรวงอุตสาหกรรมและการค้าระหว่างประเทศเพิกถอนการอนุญาตที่ให้กับข้อตกลงในการส่งออกหรือนำเข้าสินค้าบนพื้นฐานที่ว่าเงื่อนไขอันจำเป็นในการอนุญาตได้สิ้นไปแล้ว³⁵

ปัจจุบัน JFTC ได้ใช้วิธีการบริหารในเชิงป้องกัน (Preventive Administration) โดยทำการออกแนวทางปฏิบัติ (Guidelines) ประกาศ (Announcements) และบันทึก (Memos) ที่อธิบายถึงรายละเอียดในนโยบายการบังคับใช้กฎหมายของ JFTC เป็นเรื่องๆไป ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถศึกษาจากประกาศ แนวทางปฏิบัติ และใช้ความระมัดระวังที่จะไม่กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ในบางครั้งแนวทางปฏิบัติจะมีระบบการให้คำปรึกษาที่ผู้ประกอบการจะถกเถียงถึงปัญหาความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของตนกับ JFTC ได้ โดยหาก JFTC ให้ความเห็นว่าพฤติกรรมที่ตามมาไม่ขัดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาด ผู้ประกอบการก็จะเชื่อมั่นว่ามีความปลอดภัยในการกระทำเช่นนั้น แนวคิดของระบบเช่นนี้คือ การหาทางขจัดความเป็นไปได้ที่การกระทำของผู้ประกอบการจะฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายให้เหลือน้อยที่สุด³⁶

ตัวอย่างอันหนึ่ง คือ แนวทางปฏิบัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาดเกี่ยวกับพฤติกรรมของสมาคมทางการค้า (the Anti-monopoly Law Guidelines Concerning Activities of Trade Associations) ซึ่งประกาศใช้โดย JFTC ในปี ค.ศ. 1979 โดยแนวปฏิบัติที่ออกมาจะแบ่งแยกพฤติกรรมของสมาคมทางการค้าเป็น 3 ประเภท คือ (1) พฤติกรรมที่ฝ่าฝืนหลักการของกฎหมายป้องกันการผูกขาด (เช่น การกำหนดราคา) (2) พฤติกรรมซึ่งอาจ

³⁴ Ibid., pp. 101 - 102.

³⁵ Ibid., p. 102.

³⁶ Ibid., p. 102.

ถือว่าผิดกฎหมายภายใต้สภาวะเงื่อนไขต่างๆ (3) พฤติกรรมอันชอบด้วยหลักการแห่งกฎหมาย สมาคมทางการค้าที่ต้องการทำให้ถูกต้องตามแนวปฏิบัติสามารถยื่นข้อมูลและข้อเท็จจริงแก่ JFTC เพื่อขอความเห็นได้ และหาก JFTC พิจารณาแล้วลงความเห็นว่าไม่ขัดกับกฎหมายความเห็นนี้จะผูกพัน JFTC เว้นเสียแต่ว่าข้อมูลที่ยื่นมานั้นไม่ถูกต้องหรือข้อเท็จจริงเกิดเปลี่ยนไป ในกรณีเช่นนี้ JFTC จะเพิกถอนความเห็นและดำเนินมาตรการทางกฎหมายต่อไป โดยระบบเช่นนี้เหมือนกับ Negative Clearance System ที่ใช้ในมาตรา 85 และมาตรา 86 แห่งสนธิสัญญากรุงโรม³⁷

แนวทางปฏิบัติที่ออกโดยฝ่ายปกครองและการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด (Administrative Guidance and Antitrust Enforcement)³⁸

เป็นการยากที่ภาคเอกชนจะได้แย่งแนวทางปฏิบัติที่กระทรวงต่างๆออกมา และกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นทางการ (informal) นี้ก็ไม่อาจให้ศาลตรวจสอบได้ กล่าวคือ การที่ MITI หรือกระทรวง หรือหน่วยงานอื่นๆ ได้ใช้วิธีการนี้ในการควบคุมและเลือกออกแนวทางปฏิบัติซึ่งไม่มีสถานะเป็นกฎหมายเป็นส่วนใหญ่ นั้นมีผลให้แนวทางปฏิบัติไม่อาจถูกตรวจสอบโดยศาลได้ โดยบ่อยครั้งที่แนวทางปฏิบัติซึ่งมาจากกระทรวง (โดยข้าราชการที่มีอำนาจมาก) มีเนื้อหาเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายเพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่ภาคธุรกิจที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับข้าราชการที่มีอำนาจในกระทรวง ในประเทศญี่ปุ่นกฎเกณฑ์โดยภาครัฐจึงไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของกฎหมายที่คนนอกจะเรียนรู้และปฏิบัติตามได้³⁹

ปัญหาคือ JFTC จะทำอย่างไรหากกระทรวงที่ทำหน้าที่กำกับดูแลเป็นผู้ให้อนุญาตต่ออุตสาหกรรมที่อยู่ภายในเขตอำนาจให้ทำการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดเสียเอง โดยส่งเสริมแนะนำให้ผู้ประกอบธุรกิจรวมตัวกัน (cartel) ทั้งที่ไม่มีกฎหมายให้การยกเว้นจาก AMA โดยเฉพาะในการค้าภายในประเทศ (domestic) หรืออุตสาหกรรมที่กำลังพัฒนา (maturing industries) เช่น การที่ MITI ให้การปกป้องธุรกิจขนาดเล็กและส่งเสริมการวิจัยและพัฒนา (R&D) หรือสมาคมทางการค้าที่บ่อยครั้งได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงในการทำการจำกัดการแข่งขันทางการค้า (restrain competition) และให้ความร่วมมือในการออกแนวทางปฏิบัติ (administrative guidance) ขึ้นมาบังคับใช้ ในขณะที่การกำกับดูแลตนเองโดยอิสระ (autonomous self-regulation) นั้นยากที่จะควบคุม โดย JFTC ไม่มีอำนาจพอในทางปฏิบัติสำหรับกรณีที่เป็นการทำกับดัดตนเอง

40

³⁷ Ibid., pp. 102 – 103.

³⁸ Ulrike Schaeede. Cooperative Capitalism: Self-Regulation, Trade Associations, and the Antimonopoly Law in Japan, pp. 142 - 143.

³⁹ J. Mark Ramseyer, Minoru Nakazato. Japanese law: an economic approach. (Chicago: the University of Chicago Press, 1998), p. 205.

โดยมีหลายคดีด้วยกันที่ JFTC ตัดสินว่าเป็นการทำ cartel ที่มีขอบด้วยกฎหมายโดยใช้เกณฑ์ตามมาตรา 2 (6) และ มาตรา 8 (1) (i) แห่ง AMA แม้ว่าจะเกิดจากคำแนะนำขององค์กรของรัฐก็ตาม ข้อยกเว้นที่ JFTC ยอมให้ คือ การยกเว้นที่อยู่ภายในบทบัญญัติของกฎหมายอื่นเท่านั้น คดีตัวอย่างที่น่าสนใจ คือ คดี Noda Soy Souce Company ในปี ค.ศ. 1952 ที่ JFTC ระบุว่าแนวทางปฏิบัติที่ออกมาโดยองค์กรของรัฐ (the Price Administration) นั้นไม่อาจใช้ยกเว้นความผิดของกฎหมายป้องกันการผูกขาดได้ เพราะมิฉะนั้นก็เท่ากับว่าองค์กรของรัฐที่มีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายนี้สามารถที่จะสร้างข้อยกเว้นบังคับใช้กฎหมายได้ง่ายๆโดยการออก administrative guidance และคดี Chemical Fibre Association ในปี ค.ศ. 1953 ที่ JFTC กล่าวว่าแม้จะเป็นการยกเว้นที่จะปฏิเสธคำแนะนำ (advice) ของ MITI แต่นั่นก็ไม่ใช่เหตุผลเพียงพอในการนำมาอ้างเพื่อยกเว้นการกระทำของตนจากความผิดได้ ไม่อย่างนั้นการยกเว้นไม่บังคับใช้หลักการสำคัญที่อยู่ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดก็จะทำได้ง่ายตายด้วยการให้คำแนะนำเท่านั้น⁴¹

จากคดี Oil Cartel ในปี ค.ศ. 1980 ที่ศาล (Tokyo High Court) ตัดสินให้การจำกัดทางการค้า (restrain competition) นั้นกระทำได้แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายยกเว้นโดยพิจารณาจากที่ว่ามีการขึ้นหรือเป็นนโยบายที่ให้กระทำได้โดย MITI⁴² ต่อมา JFTC ได้ออกแนวทางปฏิบัติฉบับแรกขึ้น เรียก Guideline on Administrative Guidance and the AML ในปี ค.ศ. 1981 ซึ่งแล้วเสร็จในปี ค.ศ. 1992⁴³ โดยการศึกษาเกี่ยวกับสมาคมทางการค้าและการบริหารงานภาครัฐ (Trade Associations and Public Administration, 1993) ในแนวทางปฏิบัตินี้ได้แสดงอย่างชัดเจนว่าแนวทางปฏิบัติใดที่เป็นการสร้างความร่วมมือและไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับให้ถือว่าแนวทางปฏิบัตินั้นนำไปสู่ cartel โดยเฉพาะแนวทางปฏิบัติที่ออกให้กับสมาคมทางการค้า แนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวกับความตกลงทางด้านราคา หรือการจำกัดการบริการ (facilities) เครื่องมือ (equipment) หรือช่องทางการจัดจำหน่ายซึ่งจะเป็นการสร้างผลกระทบต่อการแข่งขันมากกว่าเป็นสิ่งที่ไม่ผิดกฎหมาย โดย JFTC ได้ย้ำอย่างชัดเจนว่าคณะรัฐมนตรี (Ministries) จะต้องไม่ร้องขอให้สมาคมทางการค้าจัดทำการควบคุมอัตราใดๆ ของภาคอุตสาหกรรม เช่น การบรรทุกลงของ หรือการเตรียมข้อเสนอร่วมกันในการขึ้นราคา และไม่ร้องขอข้อมูลสถิติทางธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดพฤติกรรมที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน ตัวอย่างเช่นขอข้อมูลเกี่ยวกับต้นทุนและการสมคบกันทำความตกลงเรื่องราคาในธุรกิจนั้นๆ เป็นต้น⁴⁴

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴⁰ Ulrike Schaede. Cooperative Capitalism: Self-Regulation, Trade Associations, and the Antimonopoly Law in Japan, p. 142.

⁴¹ Mitsuo Matsushita. International Trade and Competition Law in Japan, pp. 146 - 147.

⁴² Ibid., pp. 147.

⁴³ ปัจจุบันคือ Guideline concerning Administrative Guidance under the Antimonopoly Act (June 30, 1994)

⁴⁴ Ulrike Schaede. Cooperative Capitalism: Self-Regulation, Trade Associations, and the Antimonopoly Law in Japan, p. 142.

อย่างไรก็ตาม ความมีประสิทธิภาพของแนวทางปฏิบัติยังมีข้อสงสัยอยู่ เหตุเพราะกิจกรรมทั้งหมดนี้เป็นสิ่งที่ทำกันอยู่เป็นธรรมดาสามัญ กล่าวคือ ภาคธุรกิจซึ่งขึ้นกับกฎหมายธุรกิจพิเศษอื่นๆ เช่น กฎหมายที่ออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับค่าธรรมเนียมหรือควบคุมอัตราต่างๆ จะสามารถอ้างว่าตนได้ปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐในกรณีที่มีการกำหนดกฎเกณฑ์ของตนเองขึ้นมาได้หรือไม่ และเรื่องจะยิ่งซับซ้อนขึ้นไปอีกหากภาคธุรกิจออกกฎเกณฑ์ด้วยตนเองซึ่งผิดกฎหมาย แต่ก็มักจะได้รับความช่วยเหลือจากกระทรวงที่ทำหน้าที่กำกับดูแล (cognizant ministry) โดยหวังว่าจะได้รับประโยชน์ในอนาคตจากแนวทางปฏิบัติ บ่อยครั้งคณะรัฐมนตรีจึงมีเจตนาออกกฎเกณฑ์ที่เป็นการแก้ต่างการกระทำผิดของภาคธุรกิจ โดย JFTC ที่สามารถทำให้ภาคธุรกิจลำบากได้ก็ไม่สามารถทำการขัดแย้งกับคณะรัฐมนตรีได้ง่ายนัก⁴⁵

โดยมีตัวอย่างในการทำ cartel เกี่ยวกับธุรกิจห้องเย็น (cold storage) ในปี ค.ศ. 1992 ธุรกิจนี้อยู่ภายใต้การควบคุมของ Storage Industry Law โดยกระทรวงคมนาคม (the Ministry of Transportation) เรื่องก็คือ การใช้ห้องเย็นลดลงเนื่องจากการล่มสลายของธุรกิจฟองสบู่ในช่วงต้นของทศวรรษที่ 90 ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นสมาชิกของสมาคมห้องเย็น (Cold Storage Association) ตัดสินใจขึ้นราคาร้อยละ 8.8 ในเดือนเมษายน ปี ค.ศ. 1992 JFTC จึงเริ่มทำการสืบสวนสอบสวนในปี ค.ศ. 1994 และได้ออกคำสั่งระงับการกระทำ (cease and desist order) ในเดือนพฤศจิกายน ปี ค.ศ. 1995 และสมาคมฯ คัดค้านคำสั่งดังกล่าวโดยอ้างว่าการขึ้นราคาเกิดจากการตัดสินใจของผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายในสมาคม มิใช่การริเริ่มของสมาคมเอง ต่อมาเมื่อสมาคมเผชิญกับหลักฐานในคดีก็เปลี่ยนเหตุผลไปอ้างว่ากระทรวงคมนาคมได้เห็นชอบด้วยกับกลไกการเพิ่มขึ้นของราคาแล้ว ซึ่ง JFTC ไม่เห็นด้วยและยื่นฟ้องคดีอาญาในข้อที่ว่าเป็นการสมคบกัน (collusion) ทำความผิดในกฎหมายป้องกันการผูกขาด แม้ว่าจะเป็นการดำเนินการโดยกระทรวงก็ตาม (แต่มีไม่บ่อยนักที่ JFTC จะแสดงถึงความเข้มแข็งเช่นนี้)⁴⁶

ในปี ค.ศ. 1996 คดีรถแท็กซี่ (Kyūshū taxi case) JFTC ได้ตั้งเดือนสมาคมแท็กซี่ท้องถิ่น (local taxi associations) ในเขต Kita-Kyūshū, Nagasaki และเมืองอื่นๆทางเกาะตอนใต้ เกี่ยวกับการร่วมกันจำกัดจำนวนรถแท็กซี่ในวันอาทิตย์โดยอ้างว่าเพื่อ “เพิ่มประสิทธิภาพ” นั้นเป็นสิ่งที่ขัดต่อกฎเกณฑ์ที่ว่าสมาคมทางการค้าจะไม่เข้าแทรกแซงการตัดสินใจในการบริหารจัดการของสมาชิก ซึ่งธุรกิจแท็กซี่นั้นมีการควบคุมค่อนข้างสูงและต้องยื่นแจ้งเดือนเรื่องการเปลี่ยนแปลงราคา ค่าโดยสารและจำนวนของรถต่อสำนักงานท้องถิ่นของกระทรวงคมนาคม (the local bureau of the Ministry of Transportation) ทุกครั้ง โดยทางสมาคมได้แย้งว่าก่อนหน้านี้ทางสำนักงานคมนาคมในเขต Kyūshū ได้แจ้งว่าจำนวนรถแท็กซี่มีมากกว่าความต้องการ (oversupply) ในวันอาทิตย์ อันเป็นที่น่าสงสัยเพราะปกติแล้วสำนักงานฯจะได้รับข้อมูลเกี่ยวกับอุปสงค์และอุปทานของรถแท็กซี่จากสมาคม แต่ทาง JFTC ก็ไม่อาจตั้งข้อกล่าวหาต่อกระทรวงคมนาคมได้เนื่องจากผลกระทบต่อราคาที่เกิดจากการลดปริมาณรถลงนั้นยังไม่ปรากฏ ทาง JFTC จึงได้ออกแนวทางปฏิบัติประเภทคำเตือน (caution) โดยการยอมรับจากสมาคม⁴⁷

⁴⁵ Ibid., p. 142.

⁴⁶ Ibid., pp. 142 - 143.

คดีเหล่านี้ได้ชี้ให้เห็นว่า JFTC ต้องพบกับอุปสรรคอย่างต่อเนื่องในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดภายใต้ระบบการควบคุมดูแล (regulatory system) ของประเทศญี่ปุ่น แม้ว่าสมาคมทางการค้าจะควบคุมตัวเองและทำการสมคบกันกระทำผิดกฎหมาย ผู้ประกอบธุรกิจก็ยังสามารถร้องขอการปกป้องจากกระทรวงที่ควบคุมได้ โดย JFTC ถูกจำกัดมิให้กล่าวหาต่อการควบคุมตนเอง (JFTC remains limited in its challenging of self-regulation)⁴⁸

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันปัญหาที่เกิดจากทิศทางของนโยบายที่แตกต่างกันของรัฐบาลระหว่างนโยบายแข่งขันทางการค้าในกฎหมายป้องกันการผูกขาดกับนโยบายทางเศรษฐกิจที่ดำเนินการโดย MITI นั้นไม่ค่อยเกิดขึ้นแล้วเนื่องจากนโยบายทางเศรษฐกิจของ MITI ได้เปลี่ยนไปเป็นไม่สนับสนุนการทำ cartel อีกต่อไป

สำหรับ อำนาจกึ่งนิติบัญญัติ (Quasi-legislative power) ของ JFTC นั้นเป็นอำนาจในการสร้างกฎเกณฑ์ต่างๆ โดยหลักการแล้วอำนาจกึ่งนิติบัญญัติเป็นของสภาไดเอทแห่งชาติ แต่ภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด JFTC ได้รับมอบอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด และในขอบเขตเช่นว่านี้ อำนาจของ JFTC จึงเทียบเท่าได้กับการออกกฎหมาย ดังจะได้อีกตัวอย่างต่อไปนี้⁴⁹

JFTC มีอำนาจในการกำหนด (designate) ว่าการใดเป็นการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรมทางการค้า⁵⁰ โดยในมาตรา 2 (9) กำหนดให้ JFTC กำหนดพฤติกรรมอันถือว่ามีได้บังคับใช้กับพฤติกรรมของผู้ประกอบการโดยตรง ความผิดกฎหมายจะเกิดก็ต่อเมื่อ JFTC จะได้กำหนดพฤติกรรมเฉพาะเจาะจงลงไปในตนเอง อำนาจของ JFTC ในข้อนี้จึงเป็นเพียงการบริหารกฎหมายภายในขอบอำนาจที่ได้รับมา แต่อย่างไรก็ตาม โดยหลักการ การใช้อำนาจในส่วนนี้มิได้แตกต่างกับการใช้อำนาจนิติบัญญัติในแง่ที่ว่า การบังคับใช้กฎหมายทั้งฉบับเป็นไปตามการพิจารณาไตร่ตรองโดย JFTC⁵¹

ตัวอย่างอีกอันหนึ่งของการใช้อำนาจกึ่งนิติบัญญัติของ JFTC คือ ในมาตรา 23 JFTC มีอำนาจในการกำหนดสินค้าในกรณีการกำหนดราคาค้าปลีกที่ได้รับการยกเว้นไม่ตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยปกติการกำหนดราคาค้าปลีกในสินค้าถือว่ามีผิดกฎหมายเพราะขัดต่อเจตนารมณ์ที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง แต่มีข้อยกเว้นในสินค้าจำพวกหนังสือและสิ่งพิมพ์ หรือสินค้าอย่างอื่นที่ได้รับการยกเว้นโดยการพิจารณาของ JFTC ดังนั้น การกำหนดราคาค้าปลีกจะเป็นสิ่งต้องห้ามหรือไม่จึงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของ

⁴⁷ Ibid., p. 143.

⁴⁸ Ibid., p. 143.

⁴⁹ Mitsuo Matsushita. *International Trade and Competition Law in Japan*, p. 103.

⁵⁰ รวมถึงในกรณี premiums and representations

⁵¹ Ibid., p. 103.

JFTC⁵²

นอกจากที่กล่าวข้างต้นแล้ว JFTC ยังมีอำนาจออกกฎเกณฑ์ภายใน (internal regulations) ออกกฎเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาด (adjudication procedure) การยื่นรายงาน (reporting) ในการควบคุมกิจการและการเข้าถือหุ้นบริษัทอื่น การรับรอง (certification) การก่อตั้งสมาคมทางการค้า และการทำสัญญาระหว่างประเทศ วิธีการที่กฎเกณฑ์เหล่านี้สร้างขึ้นได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดอย่างจริงจัง และเมื่อมองในแง่นี้อำนาจเหล่านี้ควรถูกจัดว่าเป็น อำนาจกึ่งนิติบัญญัติ⁵³

ข. กระบวนการยุติข้อพิพาทก่อนเกิดคดี

1) การแจ้งเตือน (Caution and Warning)

มาตรการนี้เป็นกระบวนการยุติการกระทำผิด (Informal settlement of violations) โดยหาก JFTC ไม่สามารถหาหลักฐานได้เพียงพอที่จะดำเนินคดีจากการสืบสวนสอบสวน JFTC ก็อาจเลือกไม่ดำเนินการใดๆ หรือในกรณีที่ JFTC สงสัยว่ามีการกระทำผิดที่ร้ายแรงเกิดขึ้นก็อาจออกสิ่งที่คล้ายกับเป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับการป้องกันการผูกขาด (the antitrust equivalent of administrative guidance) เป็นลายลักษณ์อักษรมาบังคับใช้ โดยรูปแบบที่อ่อนที่สุดคือ caution ส่วน warning จะมีน้ำหนักมากกว่า⁵⁴ กล่าวคือ JFTC จะให้คำแนะนำแก่บริษัทหรือสมาคมทางการค้าว่ากำลังตกอยู่ในฐานะผู้ต้องสงสัยว่ากระทำผิดกฎหมายและควรยุติพฤติกรรมที่ได้แจ้งไว้เสีย การออก warning นั้นไม่มีกฎหมายรองรับและไม่มีโทษในการไม่ยอมปฏิบัติตาม โดยบริษัทที่ได้รับ warning จะยอมทำตามโดยดูแลกิจกรรมของตนด้วยความระมัดระวังมากขึ้นหรือเพิกเฉยเสียก็ได้ และจากสถิติที่ JFTC ได้บันทึกไว้ก็พบว่ามีการใช้มาตรการ warning และ caution ค่อนข้างสูงทีเดียว⁵⁵

⁵² Ibid., p. 103.

⁵³ Ibid., p. 103.

⁵⁴ JFTC ใช้มาตรการที่เรียกว่า warning สำหรับในกรณีใดกรณีหนึ่งในสถานการณ์ดังต่อไปนี้

(1) ข้อเท็จจริงของการกระทำผิดไม่สามารถพิสูจน์ได้

(2) มีการหยุดพฤติกรรมอันผิดกฎหมายโดยสมัครใจและมีระยะเวลาผ่านไปกว่า 12 เดือน แล้ว

(3) กรณีที่มีสมาคมทางการค้าเข้ามาเกี่ยวข้อง สมาคมฯจะต้องหยุดการกระทำโดยสมัครใจ

(4) JFTC ได้พิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำผิดมีผลกระทบน้อย ดังนั้นการระงับข้อพิพาทอย่างไม่เป็นทางการก็เป็นการเพียงพอที่จะแก้ไขการกระทำให้ถูกต้อง

ข้อแตกต่างระหว่าง caution กับ warning นั้นเหมือนกับข้อแตกต่างระหว่าง oral administrative guidance กับ tsūtatsu (เช่น การแจ้งเตือนเป็นหนังสือที่ระบุแนวทางให้ปฏิบัติ) โดย warning นั้นใช้ในกรณีที่การกระทำผิดกฎหมายมีความรุนแรงกว่า caution

จาก Ulrike Schaede. Cooperative Capitalism: Self-Regulation, Trade Associations, and the Antimonopoly Law in Japan, p. 115.

⁵⁵ Ibid., p. 115.

กระบวนการยุติข้อพิพาทในรูปแบบนี้ช่วยลดภาระงานของเจ้าหน้าที่และก็เป็นกระบวนการที่มีประสิทธิภาพด้วย ในขณะที่ JFTC ไม่ต้องดำเนินการอย่างเต็มรูปแบบ (prepare a full case) ผู้ประกอบธุรกิจพร้อมที่จะยอมรับและปฏิบัติตามเนื่องจากเป็นการดีกว่าที่จะรักษาประวัติขององค์กรมิให้ถูกตั้งข้อกล่าวหาและเป็นการรักษาชื่อเสียงโดยหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการรายงานไปยังสื่อ โดยหากถือว่าเป้าหมายของ JFTC คือการกำจัดพฤติกรรมมากกว่าการลงโทษผู้กระทำผิด การใช้วิถีทางในรูปแบบที่ไม่เป็นทางการก็เป็นการพอเพียงสำหรับในหลายๆคดี แต่อย่างไรก็ตาม กระบวนการนี้ก็ไม่มีประสิทธิภาพในการป้องกันการฝ่าฝืนกฎหมายอย่างจริงจัง เพราะไม่สามารถเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมที่ผ่านมาของเหล่าผู้ประกอบการได้⁵⁶

2) การให้คำปรึกษาเบื้องต้น (Preventive consultation)

เครื่องมือประการสุดท้ายและอาจเป็นเครื่องมือที่มีพลังและถูกนำไปใช้บ่อยที่สุดในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งยากที่จะประเมินค่าของมัน แต่มันก็มีผลต่อสถิติโดยรวมของการบังคับใช้กฎหมายอย่างมหาศาล เครื่องมือนี้คือ ระบบการปรึกษาหารือ (consultation system) ซึ่งเป็นรูปแบบของกระบวนการที่ไม่เป็นทางการที่ได้ผล ในประเทศสหรัฐอเมริกาบางครั้งมีการใช้วิธีการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่ใช่ระบบการวินิจฉัยคดี (non-adjudicative enforcement methods) ในรูปแบบของการประชุมเพื่อปรึกษาหารือแนวปฏิบัติทางการค้า (trade practice conferences) หรือขอคำปรึกษาหารือเป็นรายกรณี (advisory opinions on specific cases) แต่อย่างไรก็ตาม ความเกี่ยวพัน (reliance) กับวิธีที่ไม่เป็นทางการ (informal means) ก็ไม่ได้แพร่หลาย (widespread) หรือเป็นที่ยอมรับ (institutionalized) ในประเทศสหรัฐอเมริกาเหมือนในประเทศญี่ปุ่น⁵⁷

จากสถิติในช่วงปี ค.ศ. 1982 ถึงปี ค.ศ. 1997 แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าการใช้วิธีให้คำปรึกษาแก่บริษัทหรือสมาคมทางการค้าเป็นทางเลือกที่ JFTC ใช้มากที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับวิธีการที่ไม่เป็นทางการ (informal cases) อย่างการเตือน (caution หรือ warning) และวิธีการพิจารณาอย่างเป็นทางการ อย่างการให้คำแนะนำ (recommendation) หรือการฟ้อง (complaint) และเป็นที่น่าแปลกใจว่า JFTC พบว่าโครงการที่ได้ให้คำปรึกษาไปจำนวนมากกว่าร้อยละ 50 เล็กน้อยต้องถูกฟ้องคดีตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด จึงอาจกล่าวได้ว่าระบบการให้คำปรึกษาได้ช่วยลดจำนวนคดีที่ JFTC ต้องรับผิดชอบไปประมาณครึ่งหนึ่ง⁵⁸

JFTC เห็นชอบกับระบบนี้เพราะการให้คำปรึกษาก่อนกระทำกร (ex ante) นั้นก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทรัพยากรบุคคลน้อยกว่าการสืบสวนสอบสวนคดีหลังจากได้กระทำไปแล้ว (ex post) ซึ่งเป็นการลดค่าใช้จ่ายของ JFTC ลง นอกจากนี้หากพิจารณาจากความเห็นที่ว่าเป้าหมายของการบังคับใช้กฎหมาย (the goal of law enforcement) ในประเทศญี่ปุ่นไม่ได้อยู่ที่การลงโทษแต่เป็นการควบคุมพฤติกรรมและให้โอกาสแก่ผู้กระทำผิดที่

⁵⁶ Ibid., p. 116.

⁵⁷ Ibid., pp. 118 - 119.

⁵⁸ Ibid., p. 119.

สำนึกแล้ว กระบวนการให้คำปรึกษาก่อนเกิดคดีก็เป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพสูง โดยทั่วไประบบการสร้างกฎเกณฑ์อย่างไม่เป็นทางการและการบังคับใช้กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นนั้นมีความเข้มแข็งเพราะเปิดโอกาสให้ผู้ควบคุม (regulators) ขยายอำนาจของตนไปไกลถึงการสร้างกฎเกณฑ์เพื่อเป็นแนวทางให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจและการบังคับใช้กฎหมายผ่านทางแนวทางปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองสร้างขึ้น และสิ่งนี้ทำให้ประสิทธิภาพของการบริหารงานโดยรวมเพิ่มขึ้น ถึงกระนั้น ระบบนี้ก็มิอุปสรรคสำคัญอยู่ 3 ประการ คือ (1) การปรึกษาหารือจำเป็นต้องขึ้นอยู่กับความสมัครใจ โดยเหตุนี้จึงมีเพียงสมาคมที่รู้ว่าการกระทำของตนอาจถูก JFTC ตรวจสอบได้ง่ายที่จะเข้ามาร้องขอคำปรึกษา ในทางกลับกัน สมาคมที่มีอำนาจมากและทำความเข้าใจในธุรกิจสำเร็จด้วยดีก็จะไม่ยอมเข้าหา JFTC เพื่อให้มาประเมินพฤติกรรมของพวกเขา ความเชื่อที่ว่า การปรึกษาหารือจะลดการฝ่าฝืนกฎหมายและทำให้ไม่ต้องใช้เจ้าหน้าที่ในองค์กร JFTC มากนักจึงเป็นเพียงการปล่อยให้ cartel ที่ประสบความสำเร็จเข้มแข็งขึ้นไปอีก (2) เนื่องจาก JFTC ไม่ได้ตรวจสอบเพื่อให้แน่ใจว่าบริษัท หรือสมาคมที่ร่วมมือกันได้หยุดแผนการ และทำตามที่ได้ให้คำปรึกษาไปหรือไม่ ระบบจึงขาดการป้องกันการกระทำผิดที่มีประสิทธิภาพ (3) จากมุมมองของบุคคลภายนอก ระบบการให้คำปรึกษาอย่างเป็นทางการ (the system of formal consultation) ได้เพิ่มความสับสน (opacity) โดยเปิดโอกาสให้มีการออกแนวทางปฏิบัติเป็นรายคดี (case by case administrative guidance) และสำหรับ JFTC ผลของการไม่แจ้งให้สาธารณชนรับรู้ (lack of public awareness) ถึงกิจกรรมการบังคับใช้กฎหมายขององค์กรได้เป็นอุปสรรคในความพยายามเพิ่มความสำคัญ (visibility) และอำนาจ (authority) ภายในเศรษฐกิจทางการเมืองของประเทศญี่ปุ่น⁵⁹

ค. อำนาจในการสืบสวนสอบสวน (Investigation)

JFTC จะเริ่มทำการสืบสวนสอบสวนโดยเหตุ 4 ประการ กล่าวคือ (1) ผ่านทางข้อมูลที่ประชาชนได้ร้องเรียน (2) โดยการร้องขอของอัยการ (notification of the Prosecutor General) (3) โดยการร้องขอของสำนักงานองค์กรธุรกิจขนาดย่อมแห่งกระทรวงอุตสาหกรรมและการค้าระหว่างประเทศ (the Small Business Administration of the MITI) และ (4) โดยการพิจารณาตามกรณี JFTC เห็นสมควร (ex-officio)⁶⁰

ภายใต้บทบัญญัติแห่งมาตรา 45 บุคคลผู้ซึ่งคิดว่ามีการกระทำอันฝ่าฝืนกฎหมายเกิดขึ้นสามารถแจ้งต่อ JFTC และร้องขอให้ดำเนินการอันสมควรได้ ซึ่งเดิมที JFTC ไม่ได้ผูกพันที่จะต้องดำเนินการทางกฎหมายใดๆ (not obliged to initiate legal proceedings) มีตัวอย่างในคดี Newspaper Price Raising ซึ่งองค์กรผู้บริโภคแจ้งต่อ JFTC ว่ามีการทำข้อตกลงกำหนดราคากันขึ้นอันเป็นสาเหตุของการที่บริษัทหนังสือพิมพ์พากันขึ้นราคาหนังสือพิมพ์ของตนและขอให้ JFTC ใช้มาตรการทางกฎหมายเข้ามาควบคุม แต่ JFTC กลับไม่ได้ใช้มาตรการทางกฎหมายใดๆ องค์กรผู้บริโภคจึงฟ้อง JFTC ต่อศาล ศาลสูงสุดพิจารณาว่าการแจ้งต่อ JFTC ภายใต้ มาตรา 45 เป็นเพียงข้อมูลเบื้องต้นที่ได้รับจากบุคคลที่แจ้งและไม่ได้หมายความว่ากฎหมายได้รับรองสิทธิของบุคคลในการร้องต่อ JFTC ให้ดำเนินการทางกฎหมายแต่ประการใด⁶¹

⁵⁹ Ibid., pp. 120 - 121.

⁶⁰ Mitsuo Matsushita. *International Trade and Competition Law in Japan*, p. 105.

อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 1977 ได้มีการแก้ไข มาตรา 45 โดยถือว่า หากบุคคลใดได้แจ้งต่อ JFTC ถึง การฝ่าฝืนกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรและมีพยานหลักฐาน JFTC จะต้องแจ้งต่อบุคคลนั้นว่าได้ดำเนินการใด ไปแล้วหรือให้เหตุผลชี้แจงว่าเหตุใดจึงเพิกเฉย ส่วนพนักงานอัยการ (the Prosecutor General) ก็จะต้องแจ้งต่อ JFTC เมื่อพบการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดในกระบวนการสืบสวนสอบสวนคดีอาญา ซึ่งบทบัญญัติ ส่วนนี้ไม่เคยได้บังคับใช้⁶² รวมถึงสำนักงานองค์กรธุรกิจขนาดย่อมแห่งกระทรวงอุตสาหกรรมและการค้าระหว่าง ประเทศ (the small business administration of the MITI) ก็มีฐานะเป็นเจ้าพนักงานของรัฐในการทำหน้าที่ ปกป้องผู้ประกอบการขนาดย่อมและมีอำนาจที่จะแจ้งไปยัง JFTC ถึงการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายเมื่อ พบการกระทำดังกล่าวในระหว่างการบริหารงาน⁶³

ทั้งนี้ JFTC จะเข้ามามีส่วนร่วมในการสืบสวนสอบสวนอย่างต่อเนื่องเพื่อที่จะตรวจสอบว่ามีการละเมิด กฎหมายโดยบุคลากรขององค์กรเองหรือไม่ และอาจพบการกระทำผิดในระหว่างการสืบสวนสอบสวนได้ ในการ สืบสวนคดีเมื่อ JFTC เห็นว่ามีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะทำการสืบสวนสอบสวนอย่างเป็นทางการ (formal investigation) ก็จะแต่งตั้งพนักงานสืบสวนสอบสวน (investigatory attorneys) จากเหล่าเจ้าหน้าที่ใน สำนักงานของ JFTC ที่ทำหน้าที่ดูแลเรื่องที่เป็นปัญหา⁶⁴

ในกระบวนการสืบสวนสอบสวน JFTC ได้รับอำนาจอย่างกว้างขวางที่จะตรวจสอบหนังสือหรือเอกสาร ใดของผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นผู้ต้องสงสัยรวมถึงเรื่องอื่นที่เกี่ยวข้อง และเมื่อการสืบสวนสอบสวนเสร็จสิ้น เจ้า พนักงานสืบสวนสอบสวนจะจัดทำรายงานต่อ JFTC ซึ่งหากไม่พบพยานหลักฐานเพียงพอที่จะดำเนินการต่อไป JFTC จะหยุดเรื่องไว้เพียงเท่านั้น⁶⁵

การสืบสวนสอบสวนคดีอาญา (Criminal investigations)

กรณีที่เป็นการกระทำความผิดร้ายแรงในกฎหมายป้องกันการผูกขาด JFTC มีทางเลือกในการนำคดี ขึ้นสู่ศาล 2 ประการด้วยกัน ประการแรก คือ ยื่นข้อกล่าวหาไปให้อัยการ (public prosecutor) โดยดำเนินการไป พร้อมกับใช้กระบวนการพิจารณาอย่างเป็นทางการ (formal administrative procedure) ซึ่งมักเป็น คำแนะนำดังจะได้กล่าวต่อไป และในขณะที่ JFTC ทำการพิจารณาคดี (adjudicative process) ทางสำนักงาน อัยการ (prosecutor's office) ก็จะมีการเตรียมฟ้องคดีอาญา เมื่อศาลพิจารณาพบว่าจำเลยกระทำผิด กฎหมายป้องกันการผูกขาดจริงก็จะถูกปรับ (fine) และอาจถูกตัดสินให้จำคุกด้วย อย่างไรก็ตามในระหว่างปี

⁶¹ Ibid., p. 105.

⁶² มาตรา 74 แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

⁶³ Mitsuo Matsushita. *International Trade and Competition Law in Japan*, p. 105.

⁶⁴ Ibid., p. 105.

⁶⁵ Ibid., p. 105.

ค.ศ. 1947 ถึงปี ค.ศ. 1990 JFTC ได้นำคดีขึ้นสู่ศาลเพียง 6 คดี และด้วยแรงกดดันให้ใช้กระบวนการทางอาญา มาบังคับใช้กฎหมายมากขึ้นจากประเทศสหรัฐอเมริกา JFTC จึงได้ยื่นข้อกล่าวหาไปให้อัยการอีก 4 คดีในช่วง ต้นของทศวรรษที่ 90 และมีการเพิ่มโทษปรับสูงสุดไปถึง 20 เท่าในการแก้ไขกฎหมายปี ค.ศ. 1992 การฟ้อง คดีอาญาจึงเป็นสิ่งที่ภาคธุรกิจกลัวมากและมีพลังมากขึ้นในการป้องกันการกระทำ cartel แต่ในแง่ของการใช้ กฎหมายส่วนนี้ อัตราการฟ้องคดีอาญาในประเทศญี่ปุ่นนั้นเทียบไม่ได้เลยกับของประเทศสหรัฐอเมริกา⁶⁶

ทางเลือกประการที่สอง คือ JFTC ร้องขอต่อศาลสูงแห่งกรุงโตเกียวโดยตรงให้ออกคำสั่ง (injunction) เมื่อเห็นว่าพฤติกรรมที่ต้องสงสัยว่าผิดกฎหมายของบริษัทหรือสมาคมนั้น โดยผลของมัน มีความจำเป็นอย่างยิ่ง ที่จะต้องกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยทันทีเพื่อรักษาภาวะการแข่งขันไว้ ในขณะที่ JFTC ยังไม่จำเป็นต้อง จัดหาหลักฐานของการกระทำความผิดในเวลาที่มีคำสั่งศาล จากนั้นคดีก็ต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาอย่างเป็นทางการ (formal adjudicative process) ในตลอดช่วงเวลาหลังสงคราม (postwar period) JFTC ได้ยื่นคำ ร้องเพื่อขอให้ศาลออกคำสั่งเพียง 6 ครั้ง⁶⁷ คำสั่งศาลเป็นเครื่องมือที่มีอำนาจมาก แต่ JFTC กลับไม่ใช้มัน เนื่องจากจะต้องถูกตรวจสอบโดยสาธารณะมากขึ้นและทำให้ต้องแสวงหาหลักฐานเพิ่มเติมในกระบวนการให้ คำแนะนำมากกว่าที่จำเป็นสำหรับกรณีที่ไม่ได้ขอคำสั่งจากศาล⁶⁸

1) ระบบการจัดทำรายงานราคา (Price-Reporting System)⁶⁹

หากผู้ประกอบการขึ้นราคาสินค้าของตนโดยอาศัยความตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ อาจ เป็นเหตุให้ JFTC สั่งยกเลิกความตกลงและห้ามมิให้กระทำเช่นนั้นต่อไป แต่หากเป็นกรณีที่ราคาสินค้า สูงขึ้นนั้นไม่สามารถหาพยานหลักฐานมาเป็นข้อพิสูจน์ว่ามีความตกลงดังกล่าว JFTC ก็มีอาจห้ามการร่วมกันขึ้น ราคานั้นได้ เหตุเพราะไม่สามารถพิสูจน์ความมีอยู่ของความตกลงได้ ดังนั้นบ่อยครั้งการขึ้นราคาสินค้าจึง เกิดขึ้นโดยปราศจากหลักฐานพิสูจน์ความผิด โดยพบมากในตลาดที่มีผู้แข่งขันน้อยราย อาจมีกรณีที่ราคา สินค้าสูงขึ้นโดยปราศจากความตกลงร่วมกันของผู้ประกอบการ เนื่องจากผู้ประกอบการรายหนึ่งรายใดใน ตลาดมีอำนาจมากพอที่จะขึ้นราคาสินค้าของตนโดยไม่ต้องคำนึงถึงผู้ประกอบการรายอื่น หรืออาจเป็นกรณีที่ มีการร่วมตกลงกันแต่ใช้วิธีการที่แนบเนียนจนไม่สามารถที่จะป้องกันได้

⁶⁶ Ulrike Schaede. Cooperative Capitalism: Self-Regulation, Trade Associations, and the Antimonopoly Law in Japan, p. 118.

⁶⁷ ซึ่งมีการถอนกลับไปภายหลังหนึ่งครั้งก่อนที่ศาลจะมีคำตัดสิน ส่วนอีก 5 คดี สองคดียุติลงด้วยความตกลง ยินยอม (consent decision) และอีกสามคดีใช้วิธีออกคำสั่งระงับหรือหยุดกระทำการ (cease and desist order) สิ่ง ที่น่าสนใจคือ ทั้งห้าคดีเกี่ยวข้องกับบริษัทหนังสือพิมพ์ และการฝ่าฝืนกฎหมายก็เป็นทั้งเรื่องการโฆษณาหรือการขายอย่าง ไม่เหมาะสม และการกำหนดราคา (pricing techniques)

⁶⁸ Ulrike Schaede. Cooperative Capitalism: Self-Regulation, Trade Associations, and the Antimonopoly Law in Japan, p. 118.

⁶⁹ Mitsuo Matsushita. International Trade and Competition Law in Japan, pp. 109 - 110.

ระบบการรายงานราคาจึงได้ถูกนำมาใช้ในการแก้ไขกฎหมายปี ค.ศ. 1977 เพื่อที่จะควบคุมสถานการณ์เช่นนี้ โดยการใช้ระบบรายงานราคา JFTC มีอำนาจในการสั่งผู้ประกอบการให้จัดทำรายงานชี้แจงเหตุผลในการขึ้นราคาสินค้า ในกรณีที่ราคาสินค้าสูงขึ้นพร้อมๆกัน ในบทบัญญัติ มาตรา 18.2 แห่งกฎหมายป้องกันการผูกขาด JFTC มีดุลพินิจในการวินิจฉัยว่ามีการขึ้นราคาสินค้าโดยพร้อมๆกันหรือไม่ และสั่งการให้ผู้ประกอบการรายใหญ่ในตลาดที่เกี่ยวข้องจัดทำรายงานถึงเหตุผลในการขึ้นราคาดังกล่าวยื่นแก่ JFTC หากในตลาดที่มียอดขายของสินค้ามากกว่า 3 พันล้านเยนขึ้นไป และมีส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการรายที่มียอดขายสูงสุด 3 รายเท่ากับร้อยละ 70 หรือมากกว่า การที่ผู้ประกอบการตั้งแต่ 2 ราย รวมถึงผู้ประกอบการที่มียอดขายอยู่ในระดับสูงสุดขึ้นราคาสินค้าของตนในระดับที่เท่ากันหรือเกือบจะเท่ากัน หรือขึ้นในอัตราร้อยละที่เท่ากันหรือเกือบจะเท่ากันภายในช่วงระยะเวลา 3 เดือน เมื่อ JFTC ได้รวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการขึ้นราคาสินค้าในเวลาเดียวกัน ภายใต้บทบัญญัตินี้จะต้องรายงานสรุปผลข้อมูลแก่สภาไดเอทแห่งชาติ

ในระบบนี้ JFTC ได้รับมอบอำนาจเพียงในการสั่งให้จัดทำรายงานเหตุผลในการขึ้นราคา โดยไม่มีอำนาจสั่งการให้ผู้ประกอบการลดราคาสินค้า เพราะฉะนั้นเมื่อมองในแง่นี้ก็ไม่มีอะไรนอกจากการทำรายงานแม้ว่ารายงานที่จัดทำโดยผู้ประกอบการรายใหญ่จะระบุว่าเป็นการขึ้นราคาตามผู้ประกอบการรายใหญ่ที่สุด ซึ่งเป็นผู้นำทางการกำหนดราคาก็เป็นการเพียงพอแล้ว เนื่องจากระบบนี้เป็นเพียงการจัดทำรายงานแก่ JFTC เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม บทกฎหมายมาตรานี้ทำงานอย่างได้ผลดี เนื่องจาก JFTC ได้รับขอบอำนาจอย่างกว้างในการสั่งให้จัดทำข้อมูลยื่นส่งพิจารณา โดยรวมถึงข้อมูลเบื้องต้น (sensitive data) ตัวอย่างเช่น ต้นทุนในการผลิต (cost of Production) และเรื่องที่เกี่ยวข้อง แต่โดยปกติผู้ประกอบการจะไม่ค่อยสะดวกรใจในการยื่นข้อมูลแก่ JFTC แม้ว่าจะมีความเชื่อมั่นว่าจะได้รับการรักษาไว้เป็นความลับ เหตุนี้ผู้ประกอบการจึงพยายามที่จะไม่ขึ้นราคาซึ่งจะนำไปสู่การใช้อำนาจในส่วนนี้ของ JFTC ในกรณีนี้อาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติมาตรานี้ทำงานได้ผลสำหรับการป้องกันโดยวิธีไม่เป็นทางการในการขึ้นราคาสินค้าในเวลาเดียวกันของเหล่าผู้ประกอบการ

ง. อำนาจกึ่งตุลาการ

จากที่กล่าวไว้แล้ว JFTC ได้รับอำนาจกึ่งตุลาการ (Quasi-judicial Power) ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นอำนาจที่สำคัญที่สุดของ JFTC โดยหลักการอำนาจทางตุลาการเป็นของศาล แต่ภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด JFTC มีอำนาจอย่างกว้างขวางในการสืบสวนสอบสวน (investigate) และการพิจารณาคดี (hearings) รวมถึงการพิจารณาชี้ขาดว่าพฤติกรรมเช่นใดเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด JFTC สามารถออกคำสั่งทางปกครองในการบังคับให้ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายระงับการกระทำที่ถูกล่ามคา กระบวนการทั้งหมดนี้ดำเนินการผ่านทางศาลไต่สวนโดย JFTC ซึ่งกระบวนการพิจารณาของ JFTC ก็เหมือนกับการพิจารณาคดีในศาลปกติ (open court trial) ที่ดำเนินการโดย JFTC เพื่อให้แน่ใจว่ากระบวนการดังกล่าวเป็นธรรม อันเป็นการพิจารณาอย่างเปิดเผย (open tribunal) และผ่านกระบวนการโต้แย้ง (an adversarial proceeding) โดยถูกต้องแล้ว

โดยเช่นเดียวกับองค์กร FTC ของประเทศสหรัฐอเมริกา JFTC ย่อมมีอำนาจในการชี้ขาดการกระทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด คือ เมื่อ JFTC ให้คำแนะนำและดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเสร็จสิ้นแล้ว ก็มีอำนาจออกคำสั่งแก่จำเลยให้ระงับหรือหยุดการกระทำดังกล่าว ซึ่งรายละเอียดของกระบวนการนี้จะได้ขยายความต่อไปในหัวข้อคำสั่งระงับหรือหยุดการกระทำ (cease and desist orders)

จ. อำนาจในการใช้ดุลยพินิจในบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นภายใต้กฎหมาย

ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นได้มีการบัญญัติหมวดที่ว่าด้วยข้อยกเว้นไว้ในหมวด 6 ตั้งแต่มาตรา 21 ถึง มาตรา 23 โดยแต่ละมาตราก็จะแบ่งแยกเป็นกรณีไปและมีเงื่อนไขในการพิจารณาอนุญาตแตกต่างกัน

(3) กระบวนการบังคับใช้กฎหมาย

ก. การบังคับใช้กฎหมายโดยศาล

จากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายมีการนำมาตรการบรรเทาความเสียหาย (Injunction relief system) อันเกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติทางการค้าอันไม่เป็นธรรม (unfair trade practices) มาบังคับใช้ โดยบุคคลใดที่ผลประโยชน์ของตนต้องเสียหาย (infringed) จากการกระทำผิดตาม มาตรา 8 (1) (v) หรือ มาตรา 19 และได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงมีสิทธิที่จะขอให้หยุดการกระทำนั้นไว้ชั่วคราว (the suspension of such infringements)⁷⁰ เมื่อมีการฟ้องคดี ศาลจะทำหน้าที่แจ้งต่อคณะกรรมการถึงคดีและสอบถามความเห็น และคณะกรรมการก็มีอำนาจในการแสดงความคิดเห็นต่อศาลตามที่ศาลอนุญาต (with the permission of the court)

ข. การใช้กระบวนการทางปกครอง

ภายใต้หัวข้อนี้จะกล่าวถึงกระบวนการทางกฎหมายในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด (The Legal Processes of Antitrust Enforcement)⁷¹ โดย JFTC มีทางเลือกในการบังคับใช้กฎหมายอยู่หลายมาตรการ ซึ่งแบ่งอย่างกว้างๆได้เป็น 4 ประเภท คือ การยุติข้อพิพาทอย่างไม่เป็นทางการ (informal settlement) การปรึกษาหารือ (preventive consultation) และการสืบสวนสอบสวนคดีอาญา (criminal investigation) ซึ่งได้กล่าวไปแล้ว รวมถึงกระบวนการทางปกครอง (formal administrative procedures) โดยในมาตรการเหล่านี้ การศึกษาถึงการใช้อำนาจปรึกษาหารือมีความน่าสนใจและอาจเป็นส่วนที่สำคัญที่สุดในการทำความเข้าใจต่อระบบการป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น⁷²

⁷⁰ มาตรา 24 แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

⁷¹ Ulrike Schaeede. Cooperative Capitalism: Self-Regulation, Trade Associations, and the Antimonopoly Law in Japan, pp. 113 - 121.

ขั้นตอนของการดำเนินงาน คือ JFTC จะเริ่มทำการสืบสวนสอบสวน (administrative investigation) โดยการตัดสินใจของ JFTC เอง หรือโดยรายงานจากสาธารณะ (general public) ต่อ JFTC และ JFTC จะไม่เปิดเผยผู้ให้ข้อมูลเพื่อคุ้มครองผู้ที่อาจเป็นหนึ่งในผู้ร่วมทำ cartel แต่คดีส่วนใหญ่เกิดจากการร้องเรียนของสาธารณะ เมื่อได้รับรายงานสำนักงานสืบสวนสอบสวน (Investigation Bureau) จะเริ่มทำการสืบสวนในเบื้องต้น (preliminary investigation) และหากเห็นว่ากระทำผิดจริงก็จะทำการสืบสวนสอบสวนอย่างเป็นทางการ (formal investigation) โดยอาจมีคำสั่งให้บุคคลมาให้การ (testify) ส่งมอบเอกสาร (confiscate documents) และค้น (inspect) สำนักงานธุรกิจโดยปราศจากการแจ้งเตือนล่วงหน้า จากนั้น JFTC อาจใช้วิธีใดวิธีหนึ่งในหกวิธีเพื่อดำเนินการหยุดการละเมิดกฎหมาย กล่าวคือ การแจ้งเตือน⁷³ (warning หรือ caution) ให้คำแนะนำ (recommendation) สั่งฟ้องคดี (complaint) ยื่นเรื่องให้กับกระทรวงยุติธรรมเพื่อฟ้องคดีอาญา (file for criminal prosecution with the Ministry of Justice) หรือยื่นขอคำสั่งศาลจากศาลสูงแห่งกรุงโตเกียว โดยในมาตรการเหล่านี้ การออกคำเตือน (warning) การให้คำแนะนำ และการฟ้องคดีเป็นมาตรการที่สำคัญและใช้บ่อยที่สุด⁷⁴

กระบวนการทางปกครองในรูปแบบเป็นทางการ (Formal administrative procedures)

ในกรณีที่ JFTC พบหลักฐานสำคัญในการกระทำผิดระหว่างทำการสืบสวนสอบสวนก็จะดำเนินการออกคำแนะนำ (recommendation) ซึ่งโดยปกติก็จะออกคำสั่งให้ระงับการกระทำ (a cease and desist order) ควบคู่กันไปด้วย⁷⁵ และผู้ถูกกล่าวหา (respondents) จะต้องแจ้งไปยัง JFTC ภายในเวลาที่กำหนด⁷⁶ว่าจะยอมรับ (accept) คำแนะนำโดยยอมทำตามคำสั่งของ JFTC หรือไม่ ซึ่งหากผู้ถูกกล่าวหายอมรับก็ต้องจัดการแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่น ยุติการกระทำหรือตัดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าออกไป โดยเมื่อ JFTC ได้รับแจ้งดังกล่าวที่ระบุถึงความตกลงกระทำการเยียวยาความเสียหายตามที่กำหนดไว้ในคำแนะนำ JFTC จะออกคำตัดสินอันเป็นที่สุด เรียกว่า recommendation decision และเป็นอันยุติคดี โดยจะไม่มีสืบสวนสอบสวนรวมถึงกระบวนการพิจารณาใดๆ ต่อไป⁷⁷

⁷² Ibid., p. 113.

⁷³ รายละเอียดเกี่ยวกับการแจ้งเตือนอยู่ในหัวข้อกระบวนการยุติข้อพิพาทก่อนเกิดคดี

⁷⁴ Ibid., p. 113.

⁷⁵ โดยทั่วไป เกณฑ์การพิจารณาความสำคัญของหลักฐานจะขึ้นอยู่กับทั้งหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรและพยานบุคคล แต่หาก JFTC พบเพียงอย่างใดอย่างหนึ่งก็จะใช้วิธีตักเตือน (warning) เท่านั้นเพราะว่าการให้คำแนะนำนั้นจะต้องมีการสืบสวนสอบสวนตามมาเมื่อผู้ถูกกล่าวหาทำการปฏิเสธ ซึ่งเท่ากับว่าข้อมูลที่ได้รับมาจากผู้ร่วมกระทำ cartel หรือพนักงานที่รู้เห็น (whistle-blower) โดยไม่มีหลักฐานเป็นเอกสารนั้นไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะใช้กระบวนการที่จริงจัง (formal procedure)

จาก Ulrike Schaeede. Cooperative Capitalism: Self-Regulation, Trade Associations, and the Antimonopoly Law in Japan, p. 116.

⁷⁶ ปกติคือ 10 วัน

แต่สำหรับกรณีที่ถูกกล่าวหาปฏิเสธข้อกล่าวหาและไม่ยอมรับคำแนะนำ คดีก็จะเข้าสู่กระบวนการฟ้อง (complaint) โดยในการกระทำผิดที่รุนแรง JFTC สามารถยื่นฟ้องโดยตนเองได้⁷⁸ และผู้ถูกกล่าวหาจะต้องยื่นหนังสือแสดงเหตุผลที่ปฏิเสธคำแนะนำหรือความเห็นของตน (position) ต่อคำฟ้อง จากนั้นพนักงานผู้พิจารณาคดี (trial examiners) จะเริ่มทำการพิจารณาโดยในการพิจารณาผู้ทำหน้าที่สืบสวนสอบสวน (investigators) จะนำเสนอพยานหลักฐานที่มีรายละเอียดเช่นเดียวกับคำฟ้องเดิม (original complaint) และในขั้นนี้ผู้กระทำความผิดอาจเลือกยอมรับผิดตามคำฟ้องซึ่งมีน้อยมากเพราะไม่มีการนำหลักฐานใหม่เข้าสู่การพิจารณาคดี หรืออาจยืนยันปฏิเสธข้อกล่าวหาต่อไปโดยรอฟังผลคำตัดสินจากพนักงานผู้พิจารณาคดี และถ้าเจ้าพนักงานพบว่าจำเลยกระทำผิดจริงก็จะออกคำตัดสินมาเรียกว่า complaint decision ซึ่งหากผู้กระทำความผิดยังไม่ยอมรับคำตัดสินนี้ก็สามารถอุทธรณ์ไปยังศาลสูงแห่งกรุงโตเกียวจนถึงศาลสูงสุดได้⁷⁹

กว่าร้อยละ 75 ของคดีที่เป็นทางการ (formal cases) เป็นการให้คำแนะนำและส่วนใหญ่จำเลยก็ยอมรับคำแนะนำที่ JFTC ออกมาทันที โดยเหตุผลที่มีอัตราการยอมรับคำแนะนำสูงคือ เมื่อให้คำแนะนำไปแล้ว JFTC ไม่อาจดำเนินคดีได้ทันที จึงต้องใช้ความรอบคอบในการให้คำแนะนำเฉพาะในกรณีที่คดีอาจนำไปสู่การพิจารณาได้เท่านั้น เมื่อไม่มีพยานหลักฐานเพียงพอ JFTC จะทำการออกคำเตือนอย่างไม่เป็นทางการเท่านั้น ฉะนั้นอุปสรรคในการใช้วิธีการให้คำแนะนำจึงเพิ่มแนวโน้มในการใช้วิธีการยุติคดีอย่างไม่เป็นทางการ (informal settlement of cases) โดยคดีที่มีหลักฐานแน่นหนาอย่างแท้จริงเท่านั้นที่จะเข้าสู่กระบวนการที่เป็นทางการ⁸⁰

วิธีการยุติการกระทำที่เป็นความผิด (Elimination Measures)

เมื่อใดที่ JFTC มีความเห็นว่าการกระทำที่เป็นปัญหานั้นผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดก็จะทำการให้คำแนะนำ (recommendation) กับผู้กระทำผิดว่าให้ยุติการกระทำดังกล่าว ผู้ใดที่ได้รับคำแนะนำแล้วจะต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรตามเวลาที่กำหนดกลับไปยัง JFTC ว่าตนเองจะยอมรับคำแนะนำนั้นหรือไม่ หากยอมรับคำแนะนำ JFTC จะออกคำตัดสิน (a decision) ตามแนวทางที่ให้คำแนะนำไปโดยไม่มีการเข้าสู่กระบวนการพิจารณา เรียกว่า "recommendation decision" ซึ่งเป็นวิธีการที่ไม่ยุ่งยากสำหรับคดีที่ปราศจากการโต้แย้งและใช้ในการยุติคดีส่วนใหญ่ โดยหากผู้กระทำผิดไม่ยอมรับคำแนะนำก็จะเริ่มเข้าสู่กระบวนการพิจารณา (hearing procedures)

กระบวนการพิจารณา (Hearing Procedures)

⁷⁷ ในทางกฎหมาย recommendation decision นั้นมีที่มาจากเจตนาในการยอมรับคำแนะนำจาก JFTC ของผู้ถูกกล่าวหาเอง ดังนั้น คำตัดสินประเภทนี้จึงไม่ได้เกิดขึ้นบนพื้นฐานของการกระทำผิดกฎหมายจริงๆ

⁷⁸ ดูเพิ่มเติม มาตรา 49 (1) แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

⁷⁹ Ibid., pp. 116 - 117.

⁸⁰ Ibid., p. 117.

กระบวนการพิจารณาเป็นวิธีการพิจารณาข้อโต้แย้งของผู้กระทำผิดก่อนที่จะออกคำวินิจฉัยทางปกครอง (an administrative disposition) เพื่อให้แน่ใจว่าเป็นการตัดสินใจที่ยุติธรรม โดยปกติการพิจารณาคำตัดสินโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน การพิจารณานั้นเหมือนกับการพิจารณาคดีในศาลแต่กระทำโดย JFTC หรือเจ้าพนักงานของคณะกรรมการผู้มีหน้าที่ตรวจสอบและพิจารณา (hearing examiners) ภายในห้องพิจารณา เจ้าพนักงานสืบสวนสอบสวนที่ได้รับการแต่งตั้งจะพยายามพิสูจน์ถึงการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาด ในขณะที่จำเลยผู้ต้องสงสัยว่ากระทำผิดก็จะพยายามโต้แย้ง โดยจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในปี ค.ศ. 1977 เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของจำเลย จำเลยอาจร้องขอให้ JFTC เปิดโอกาสให้จำเลยแสดงความคิดเห็นต่อคดีโดยตรงไปยัง JFTC ในกรณีที่กระบวนการพิจารณานั้นกระทำโดยเจ้าพนักงาน⁸¹

เมื่อทำการพิจารณาคดีเสร็จสิ้น คำตัดสินนี้ เรียก hearing decision⁸² ซึ่งอาจเป็นการชี้ว่ามีการกระทำผิดเกิดขึ้นหรือไม่ก็ได้รวมถึงกำหนดหนทางในการเยียวยาความเสียหายกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎหมาย โดยหากในระหว่างการพิจารณาจำเลยยอมรับผิดและเสนอแผนวิธีการเพื่อยุติการฝ่าฝืนนั้นอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมตามสมควร ก็อาจทำคำตัดสินไปตามนั้นได้ เรียก consent decision⁸³ และคำตัดสินนี้จะมีผลบังคับเมื่อสำเนาที่ได้รับการรับรองแล้วส่งถึงมือจำเลย (when a certified copy is served on the respondents)

ในกรณีที่การทำคำตัดสินต้องใช้เวลานานและไม่สามารถเพิกเฉยต่อการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายในช่วงเวลานั้นได้ คณะกรรมการอาจร้องขอต่อศาลสูงแห่งกรุงโตเกียว (the Tokyo High Court) ให้ออกคำสั่งบังคับเป็นการด่วนได้ (an urgent injunction order)⁸⁴

อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงระบบคำแนะนำอย่างเป็นทางการ (formal recommendation system) ก็เป็นระบบที่ให้ความเมตตาแก่จำเลยมาก (very lenient) เนื่องจากไม่มีการกำหนดโทษที่รุนแรง โดยปล่อยให้ผู้กระทำผิดสำนึกผิด (หรือแกล้งทำ) และแก้ไขการกระทำโดยคำสั่งระงับหรือหยุดกระทำการ (settle for a cease and desist order) และจากนั้นก็รวมกลุ่มกันกระทำการอีกครั้งโดยโดยระมัดระวังไม่ให้ถูกจับได้ว่ากระทำผิดซ้ำสอง ต่อมาในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายป้องกันการผูกขาดในปี ค.ศ. 1977 JFTC ได้พยายามนำระบบการคิดค่าปรับ (surcharge system) มาใช้เพื่อขจัดผลประโยชน์จากการทำ cartel ให้น้อยลงและเพิ่มความเสียหายและผลกระทบที่เกิดจากการเปิดเผยต่อสาธารณชนมากขึ้น การปรับ (surcharge) นี้เป็นจำนวนเงินที่เกิดจากการลงโทษทางปกครอง (administrative punitive) ที่ได้แบบอย่างมาจากประเทศเยอรมัน (penalty money) โดยหลักการก็เพื่อจูงใจไม่ให้มีการกระทำผิด โดยกำหนดค่าปรับจำนวนมากและระบบนี้ก็เป็นการเปิดโอกาสให้ JFTC นำเอากำไรส่วนที่ผู้ประกอบการธุรกิจนำมาได้จากการร่วมกันกำหนดราคาซึ่งถูกชี้ขาดโดย

⁸¹ มาตรา 53-2-2 แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

⁸² มาตรา 54 แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

⁸³ มาตรา 53-3 แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

⁸⁴ มาตรา 67 แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

กระบวนการฟ้องคดีหรือการให้คำแนะนำ และทำให้ JFTC สามารถปรับผู้กระทำผิด cartel ได้โดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีอาญา⁸⁵

ในช่วงเวลา 20 ปีนับแต่นำวิธีการปรับมาใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1977 ถึงปี ค.ศ. 1997 จำนวนค่าปรับที่มากที่สุดอยู่ในช่วงครึ่งแรกของทศวรรษที่ 90 คือ จำนวน 6.62 พันล้านเยน โดยจำเลย คือ ผู้ประกอบธุรกิจจำนวน 9 บริษัทที่เกี่ยวข้องในคดี Chūgoku cement cartel ในปี ค.ศ. 1991 แต่จำนวนค่าปรับในตลอดทั้งปีโดย JFTC ก็ถือว่าต่ำมากเมื่อเทียบกับของประเทศสหรัฐอเมริกา และอัตราที่ต่ำนี้ย่อมหมายความว่าค่าปรับที่ใช้ก็น้อยกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำ cartel โดยการกำหนดอัตราร้อยละของค่าปรับเป็นที่แน่นอน⁸⁶เป็นการจำกัดอำนาจของ JFTC ในการกำหนดค่าปรับ ยกตัวอย่างเช่น หากพบว่าการฉ้อประมูลทำให้ผู้เสียหายต้องจ่ายเพิ่มไปถึงร้อยละ 20 แต่อัตราค่าปรับสูงสุด คือ ร้อยละ 6 ซึ่งน่าจะต่ำเกินไปซึ่งผู้ประกอบธุรกิจก็อาจคำนวณอัตราค่าปรับมาเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการตั้งราคาด้วยก็ได้ แต่ก็มีความเห็นแย้งว่าหากอัตราที่กำหนดไม่อาจป้องกันการทำ cartel ได้ การใช้วิธีฟ้องคดีอาญาก็อาจเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่เหมาะสม (ถ้าสามารถทำการดำเนินคดีอาญาได้)⁸⁷

1) การให้คำแนะนำและการพิจารณาคดี (Recommendation and Hearing)

หากปรากฏว่ามีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะดำเนินการ JFTC อาจเลือกให้คำแนะนำ หรือกำหนดให้มีการพิจารณาคดี โดยในมาตรา 48 กำหนดให้เมื่อใดที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด JFTC อาจให้คำแนะนำแก่ผู้ประกอบธุรกิจที่มีพฤติกรรมอันมิชอบด้วยกฎหมายให้หยุดการกระทำดังกล่าวเสียและให้ดำเนินการอย่างระมัดระวังในการที่จะขจัดผลกระทบที่เกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายนั้น และคำแนะนำจะต้องระบุข้อเท็จจริงที่ผิดกฎหมายและต้องแจ้งแก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องด้วย⁸⁸

หากผู้ประกอบธุรกิจยอมรับคำแนะนำ JFTC อาจพิจารณาชี้ขาดโดยไม่ต้องทำการพิจารณาคดี (process of hearing) โดยคำตัดสินจะเป็นไปในแนวทางเดียวกับที่ปรากฏในคำแนะนำ คำตัดสินเช่นนี้เรียกว่า การตัดสินตามคำแนะนำ (recommendation decision)⁸⁹

⁸⁵ Ibid., p. 117.

⁸⁶ แม้จะมีการเสนอในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายป้องกันการผูกขาดใน เดือนตุลาคม ปี ค.ศ. 2004 (ซึ่งเลื่อนไปพิจารณาในวาระถัดไปในช่วงปลายเดือนมกราคม ค.ศ. 2005 จาก Akinori Uesugi. Recent Developments in Japanese Competition Policy – Prospect and Reality. Speech before International Antitrust Forum Section of Antitrust American Bar Association, January 24th, 2005. [Online]. Available: <http://www2.jftc.go.jp/e-page/policyupdates/speeches/050124uesugi.pdf>. p. 15.) ให้เปลี่ยนจาก 6% สำหรับบริษัทผู้ผลิตขนาดใหญ่เป็น 10% และ 2% สำหรับผู้ค้าปลีกขนาดใหญ่เป็น 3% และ 1% สำหรับบริษัทผู้ค้าส่งขนาดใหญ่เป็น 2% ก็เป็นอัตราที่ไม่แตกต่างจากเดิมมากนัก

⁸⁷ Ibid., pp. 117 - 118.

⁸⁸ Mitsuo Matsushita. International Trade and Competition Law in Japan, p. 106.

ในกรณีนี้ JFTC เห็นว่ามีการกระทำผิดกฎหมายและการพิจารณาคดีจะเป็นประโยชน์แก่สาธารณะ (a hearing proceeding serves the public interest) JFTC อาจดำเนินการพิจารณาคดีได้ โดยอาจกระทำโดย JFTC เองหรือบุคคลที่ JFTC แต่งตั้ง (examiner) ก็ได้ เมื่อ JFTC ดำเนินการพิจารณาจะต้องทำคำฟ้องขึ้น และแจ้งไปยังผู้ที่ถูกกล่าวหา

การรับฟังการพิจารณาเป็นกระบวนการพิจารณาเบื้องต้นที่กระทำโดยเจ้าพนักงานสืบสวนสอบสวนที่ JFTC แต่งตั้ง เปรียบดัง JFTC มีสถานะเป็นโจทก์ซึ่งต้องรับภาระในการพิสูจน์ข้อกล่าวหาในคำฟ้อง ส่วนฝ่ายผู้ถูกกล่าวหา (Respondent) ซึ่งโดยปกติแสดงตนโดยทนายแก้ต่างเป็นฝ่ายจำเลย โดยทนายแก้ต่างจะโต้แย้งข้อกล่าวอ้าง (allegations) และข้อกล่าวหา (accusations) ในคำร้องที่ไม่มีมูลความจริง และข้ออ้างที่เกิดจากการตีความกฎหมายป้องกันกันการผูกขาดอย่างไม่ถูกต้อง เมื่อเสร็จสิ้นกระบวนการพิจารณา ผู้ตรวจคดี (examiner) จะเตรียมร่างคำตัดสินและส่งไปยัง JFTC พร้อมสำนวนแห่งคดี และส่งไปยังผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งผู้ถูกกล่าวหาอาจยื่นคัดค้านร่างคำตัดสินนั้นได้⁹⁰

JFTC จะพิจารณาคดีโดยอาศัยร่างคำตัดสิน พยานหลักฐานแห่งคดี และคำร้องคัดค้านของผู้ถูกกล่าวหา คำตัดสินที่ออกมาภายใต้กระบวนการเช่นนี้จะถือว่าเป็นคำตัดสินอย่างเป็นทางการ (Formal decision)⁹¹

ทั้งนี้ JFTC ไม่จำเป็นต้องออกคำแนะนำมาก่อนที่จะมีการพิจารณาคดี แต่โดยปกติในทางปฏิบัติ JFTC จะออกคำแนะนำมาก่อน และเมื่อคำแนะนำถูกปฏิเสธจึงจะดำเนินการพิจารณาคดี เว้นเสียแต่ในบางคดีที่ JFTC เลือกดำเนินการพิจารณาคดีโดยปราศจากการให้คำแนะนำ ซึ่งมีไม่บ่อยนัก⁹²

ระหว่างการพิจารณาผู้ถูกกล่าวหาอาจแจ้งต่อ JFTC ว่ายอมรับข้อเท็จจริงและข้อที่กล่าวหาที่แจ้งมาในคำร้องและเสนอมาตรการในทางปฏิบัติที่จะทำการกำจัดผลกระทบที่จะเกิดจากพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายเช่นนั้น และหาก JFTC เห็นว่าเป็นมาตรการที่เหมาะสมก็จะยุติการพิจารณาและทำคำตัดสินตามแนวทางที่ได้เสนอมาร โดยคำตัดสินภายใต้วิธีการเช่นนี้ เรียกว่า คำตัดสินโดยการยอมรับ (Consent Decision)⁹³

กระบวนการพิจารณาของ JFTC อาจใช้เวลานานกว่าที่จะหาข้อยุติได้ และในกรณีที่มีความยากลำบากในการรักษาสภาวะเดิมที่เคยเป็นอยู่ก่อนที่จะมีการทำผิดกฎหมาย หรือสาเหตุจากที่เกิดความ

⁸⁹ Ibid., p. 106.

⁹⁰ Ibid., p. 106.

⁹¹ Ibid., p. 107.

⁹² Ibid., p. 107.

⁹³ Ibid., p. 107.

เสียหายอันไม่อาจฟื้นคืนสภาพเดิมได้ (irreparable damage) เนื่องจากพฤติกรรมดังกล่าวได้รับอนุญาตให้ดำเนินต่อไปจนกว่าได้มีคำตัดสินของ JFTC ด้วยเหตุนี้ เมื่อ JFTC เห็นว่าเกิดกรณีเช่นนี้ขึ้น JFTC อาจร้องต่อศาล (Tokyo High Court) เพื่อให้มีคำสั่งชั่วคราว (temporary injunction) ให้นหยุดยั้งการกระทำของผู้ถูกกล่าวหาเป็นการชั่วคราว ตัวอย่างเช่น เมื่อมีการพิจารณากรณีเกิดการควบกิจการระหว่างสองบริษัท คงเป็นการยากยิ่งที่จะหามาตรการจัดการผลกระทบที่เกิดขึ้นย้อนหลังเป็นปีๆหลังจากเกิดการควบกิจการ ดังนั้น JFTC จะยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อให้มีคำสั่งชั่วคราวให้หยุดการควบกิจการดังกล่าวไว้ก่อน ในคดี Yawata-Fuji Steel Companies Merger JFTC ยื่นคำร้องขอคำสั่งชั่วคราวไปยังศาลสูงแห่งกรุงโตเกียว เพื่อให้มีคำสั่งหยุดการควบกิจการเข้าด้วยกันจนกว่าจะได้มีคำตัดสินชี้ขาดของ JFTC เมื่อการพิจารณาเสร็จสิ้น JFTC ทำคำตัดสินและมีคำสั่งให้ผู้ถูกกล่าวหายุติการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด⁹⁴

ในการดำเนินการบังคับใช้กฎหมายของ JFTC นั้น มีกระบวนการที่น่าสนใจ กล่าวคือ เมื่อพบว่ามีการทำความผิดเกิดขึ้น ในขั้นแรก JFTC จะแจ้งให้ผู้ทำความผิดนั้นละเว้นหรือเลิกการกระทำดังกล่าวเสียก่อน⁹⁵ ถ้าผู้ทำความผิดนั้นยอมปฏิบัติตามที่แจ้งไป JFTC ก็จะไม่ดำเนินการอื่นใด แต่ถ้าปรากฏว่าผู้ทำความผิดนั้นปฏิเสธ คณะกรรมการจะยื่นฟ้องผู้ทำความผิดนั้นโดยจะมีกรรมการของ JFTC เป็นประธาน (trial examiner) ผู้ทำความผิดนั้นสามารถสู้คดีได้อย่างเต็มที่ จะอ้างพยานผู้เชี่ยวชาญก็ได้ ในการพิจารณาจะต่อสู้คดีด้วยตนเองหรือตั้งทนายความก็ได้ การดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีคล้ายกับที่กระทำในศาลเมื่อกระบวนการนี้พิจารณาเสร็จสิ้นลงคณะกรรมการจะทำคำตัดสินเป็นหนังสือ ในกรณีนี้หากผู้ทำความผิดไม่พอใจในคำตัดสินก็สามารถอุทธรณ์ไปยังศาลได้ ซึ่งระบบนี้เรียกกันว่า การทบทวนโดยศาล (Judicial review)⁹⁶

2) คำสั่งระงับหรือหยุดการกระทำ (Cease-and-Desist Order)⁹⁷

เมื่อ JFTC มีคำวินิจฉัยไม่ว่าจะเป็นคำวินิจฉัยอย่างเป็นทางการ (formal decision) การให้คำแนะนำ (recommendation decision) หรือ คำวินิจฉัยที่เกิดจากความยินยอมของคู่กรณี (consent decision) โดยปกติ JFTC จะมีคำสั่งให้ผู้ถูกกล่าวหาหยุดพฤติกรรมดังกล่าวเพื่อให้ยุติการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายรวมถึงการกระทำอย่างอื่นที่เห็นสมควร (เช่น เปิดเผยข้อมูลให้สาธารณชนทราบถึงการทำความตกลงเรื่องราคาที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว) แต่หากการกระทำได้สิ้นสุดลงไปก่อนหน้านี้อย่างแล้ว JFTC ก็จะทำการวินิจฉัยว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีชอบด้วยกฎหมาย

⁹⁴ Ibid., p. 107.

⁹⁵ มาตรา 48 (1) แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

⁹⁶ สุธีร์ ศุภนิตย์. "การบริหารและการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า". วารสารนิติศาสตร์, หน้า 734 - 735.

⁹⁷ Mitsuo Matsushita. International Trade and Competition Law in Japan, pp. 107 - 108.

อำนาจบังคับของคำวินิจฉัยของ JFTC มีโทษทางอาญาเป็นเครื่องสนับสนุน กล่าวคือ การฝ่าฝืนคำวินิจฉัยและคำสั่งซึ่งออกมาก่อนที่ JFTC จะมีมติคำวินิจฉัยเป็นที่สุดท้ายจะเป็นเหตุให้ถูกปรับ⁹⁸ และเมื่อมีคำวินิจฉัยชี้ขาดผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษทางอาญา (criminal fine)⁹⁹

3) โทษปรับทางปกครอง (Administrative Surcharges and Administrative Fines)

เดิม การแก้ไขการเยียวยาความเสียหายในการตกลงร่วมกันกำหนดราคาให้สูงขึ้นมีเพียงอย่างเดียว คือ คำสั่งหยุดกระทำการ ซึ่งเป็นคำสั่งที่มีโทษในทางอาญาสำหรับผู้ฝ่าฝืนบ่อยครั้ง คำสั่งหยุดทำได้เพียงแต่หยุดการกระทำการตกลงอันมิชอบด้วยกฎหมาย (unlawful cartel) เท่านั้น ดังนั้น หากผู้ประกอบการธุรกิจเข้ามีส่วนร่วมกันกำหนดราคา JFTC จะทำได้ก็แต่เพียงมีคำสั่งให้ผู้ประกอบการธุรกิจยกเลิกความตกลงเช่นนั้น ภายใต้อาณัติเช่นนี้ผู้ประกอบการธุรกิจอาจยกเลิกข้อตกลงและกลับมาร่วมกันทำข้อตกลงอีกในภายหลัง ผลประโยชน์ส่วนเกินที่เหลือผู้ประกอบการธุรกิจได้มาจากการทำความตกลงก็ยังไม่มีความมาตรการใดจะเข้าไปดูแลจัดการได้ จึงทำให้กลุ่มนักธุรกิจยังมีความเชื่อมั่นในวิธีการแสวงหากำไรจากการทำข้อตกลงร่วมกัน ดังนั้น เพื่อที่จะจัดการกับสภาวะเช่นนี้ เมื่อได้มีการแก้ไขกฎหมายในปี ค.ศ. 1977 จึงมีการเสนอบทบัญญัติ¹⁰⁰ ให้อำนาจแก่ JFTC ในการเรียกเอาเงินจากผู้ประกอบการธุรกิจที่มีส่วนในการทำความตกลงในการกำหนดราคาหรือมีผลกระทบต่อราคาคำนวนราคาตามหลักเกณฑ์อันแน่นอน¹⁰¹

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1977 จึงได้มีการนำมาตราการปรับมาใช้เป็นมาตรการหนึ่งทางปกครองโดยอยู่ในรูปแบบของคำสั่งให้จ่ายเงิน (Surcharge Order) จำนวนหนึ่งซึ่งคำนวณโดยสูตรที่แน่นอนเพื่อทำให้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการป้องกันการทำ cartel นั้นสัมฤทธิ์ผลในทางปฏิบัติ มาตรการปรับได้นำมาใช้กับความร่วมมือกันทางด้านราคากำหนดราคาและการฮั้วในการประมูล และความร่วมมือที่มีผลกระทบต่อราคาโดยการจำกัดปริมาณการผลิตและหรือปริมาณการขาย คำสั่งปรับจะออกไปยังผู้ประกอบการธุรกิจและสมาชิกของสมาคมทางการค้าซึ่งเกี่ยวข้องกับการทำ cartel โดยผู้ที่ต้องการคัดค้านคำสั่งปรับสามารถร้องขอให้มีการพิจารณาได้ภายใน 30 วันนับจากวันที่ในใบรับสำเนาคำสั่ง¹⁰² (the receipt of the certified copy of the order) หากได้มีการร้องขอโดยชอบด้วยกฎหมาย JFTC จะเริ่มกระบวนการพิจารณาและเมื่อการพิจารณาเสร็จสิ้น JFTC จะทำคำตัดสินให้ออกคำสั่งปรับใหม่หากมีข้อเท็จจริงอันสมควร

⁹⁸ ไม่ใช่ค่าปรับทางอาญา (Non-penal fine) แต่เป็นโทษปรับทางปกครอง (administrative fines) ตามมาตรา 97 แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

⁹⁹ มาตรา 90 (iii) แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

¹⁰⁰ อยู่ในมาตรา 7-2 แห่ง AMA โดยในกรณีเป็นกิจการค้าส่งในเกณฑ์ร้อยละ 1 และร้อยละ 2 สำหรับธุรกิจค้าปลีก

¹⁰¹ Ibid., p. 108.

¹⁰² มาตรา 48-2 (5) แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

เจตนารมณ์ของการปรับโดยฝ่ายบริหารนี้ คือ การเอาผลประโยชน์ส่วนเกินอันผู้ประกอบการธุรกิจที่ร่วมทำความตกลงกันได้รับไปจากการตกลงเช่นนั้น เนื่องจากการยากในทางปฏิบัติที่จะคำนวณผลประโยชน์ส่วนเกินอันแท้จริงที่ได้จากพฤติกรรมเช่นนี้จึงใช้สูตรมาตรฐาน (Standard formula) ในการคำนวณผลประโยชน์หรือกำไรส่วนเกิน (extra profit) ที่จำเลยได้มา และถือเอาเงินจำนวนนี้เป็นเงินที่จะต้องถูกปรับ¹⁰³

วิธีการใช้เงินปรับนี้ จะใช้กับผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการตกลงอันส่งผลให้ราคาสูงขึ้นหรือการทำความตกลงที่ส่งผลกระทบต่อราคาโดยการลดปริมาณการผลิตลง ซึ่งใช้การคำนวณบนฐานของอัตราร้อยละที่แน่นอนของยอดขายทั้งหมดของผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันทำความตกลงในระหว่างช่วงเวลาที่มีความตกลงมีผลบังคับ สำหรับผู้ประกอบการขนาดกลางไปจนถึงขนาดใหญ่ การร่วมกันทำความตกลงในภาคการผลิต (manufacturing areas) หรือกรณีอื่นนอกจากการค้าส่งและค้าปลีกนั้น ถือเอาอัตราค่าปรับที่จำนวนร้อยละ 6 ของยอดขายรวม ส่วนผู้ค้าส่งใช้อัตราร้อยละ 1 และใช้อัตราร้อยละ 2 สำหรับธุรกิจค้าปลีก โดยอัตราร้อยละเหล่านี้กำหนดโดยอัตรากำไรเฉลี่ยโดยประมาณของธุรกิจนั้นๆ ส่วนในธุรกิจขนาดเล็ก (small enterprises) เกณฑ์ถือกันที่อัตราร้อยละ 0.5¹⁰⁴

จำนวนค่าปรับ (Sum of surcharge) คำนวณตามสูตรข้างล่างนี้

[จำนวนยอดขายของสินค้าที่เกี่ยวข้อง x [6% สำหรับบุคคลที่ไม่ใช่ทั้งผู้ค้าส่งและผู้ค้าปลีก หรือ]
 ในช่วงเวลาที่มีการทำ cartel*] 1% สำหรับผู้ค้าส่ง หรือ
 2% สำหรับผู้ค้าปลีก

*ระยะเวลาที่นำมาคำนวณต้องไม่เกินสามปีนับจากการทำ cartel ครั้งสุดท้าย

จากสูตรข้างต้น หากยอดขายของสินค้าที่เกี่ยวข้องในช่วงเวลาที่มีการทำ cartel มีจำนวน 100 ล้านเยน ค่าปรับของบริษัทที่เข้าร่วมทำ cartel ในภาคการผลิตจะเป็นจำนวน 6 ล้านเยน (3 ล้านเยน สำหรับบริษัทขนาดกลางและย่อม) แต่กรณีจำนวนเงินปรับนั้นน้อยกว่า 5 แสนเยน JFTC ไม่มีอำนาจสั่งปรับ และมีข้อจำกัดตั้งไว้สำหรับเงินปรับทางปกครองที่มีผลย้อนหลัง (retroactivity) โดยเงินปรับทางปกครองอาจมีผลย้อนหลังสำหรับการทำความตกลงร่วมกันนับจากวันที่มีคำสั่งให้จ่ายเงินปรับภายในระยะเวลาไม่เกิน 3 ปีย้อนหลัง¹⁰⁵

JFTC ไม่มีดุลพินิจในการวินิจฉัยว่าจะทำการปรับผู้ประกอบการหรือไม่ แต่เป็นกระบวนการที่ JFTC จะต้องทำการปรับเมื่อตรวจสอบพบที่มีการทำความตกลงร่วมกันกำหนดราคาให้สูงขึ้น หรือการทำความตกลงที่ส่งผลกระทบต่อราคา โดยปกติ JFTC จะปรับเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า มีการทำความตกลงร่วมกันของผู้

¹⁰³ Ibid., p. 108.

¹⁰⁴ Ibid., pp. 108 - 109.

¹⁰⁵ Ibid., p. 109.

ประกอบธุรกิจ แต่ในกรณีที่การตกลงดังกล่าวได้ยุติลง JFTC อาจสั่งปรับแก่ผู้ที่เข้ามีส่วนเกี่ยวข้องโดยไม่จำเป็นต้องมีการวินิจฉัยในประเด็นนี้ได้¹⁰⁶

นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติในเรื่องค่าปรับทางปกครอง (administrative fines) สำหรับกรณี JFTC มีคำวินิจฉัยออกไปตามมาตรา 48 (4)¹⁰⁷ มาตรา 53 - 3¹⁰⁸ หรือมาตรา 54 (1) หรือ (2)¹⁰⁹ และคู่กรณีไม่ปฏิบัติตาม โดย JFTC สามารถเลือกใช้วิธีกำหนดค่าปรับ¹¹⁰ แทนที่จะดำเนินคดีอาญาแก่ผู้กระทำผิดได้¹¹¹ ซึ่งสะดวกต่อการบังคับใช้กฎหมายและไม่ทำให้ภาระการดำเนินงานของ JFTC และศาล เพิ่มขึ้นโดยไม่จำเป็น และผู้ฝ่าฝืนกฎหมายโดยปกติย่อมยินดียอมจ่ายค่าปรับมากกว่าจะทำให้ตนเองต้องตกเป็นจำเลยในคดีอาญา

4) การทบทวนคำสั่งโดยศาล (Judicial Review)

หากผู้กระทำความผิดไม่พอใจคำตัดสินของ JFTC ก็สามารถยื่นคำฟ้องต่อศาลให้ยกเลิกคำตัดสินของ JFTC ได้ภายใน 30 วันนับจากวันที่คำตัดสินนั้นมีผลบังคับ¹¹² เนื่องด้วย JFTC เป็นองค์กรผู้เชี่ยวชาญ (the foremost expert body) ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการตัดสินนั้นมาจากกระบวนการทางปกครองที่รัดกุมที่เรียกว่ากระบวนการพิจารณา (hearing procedures) ดังนั้นคำฟ้องขอให้ยกเลิกคำตัดสินของ JFTC จึงต้องใช้การปฏิบัติอย่างพิเศษ (special treatment) โดยประการแรก คือ ศาลสูงแห่งกรุงโตเกียว (the Tokyo High Court) มีเขตอำนาจพิเศษสำหรับคดีที่ฟ้องยกเลิกคำตัดสินของ JFTC¹¹³ ประการที่สอง คือ ศาลสูงแห่งกรุงโตเกียวนั้นจะต้องยึดถือเอาตามข้อเท็จจริงในคดี (findings of fact) ที่ได้จากการพิจารณาในชั้น JFTC トラบเท่าที่ข้อเท็จจริงเหล่านั้นเป็นการสนับสนุนพยานหลักฐานที่สำคัญ (substantial evidence)¹¹⁴ ในคดี

ศาลจะยกเลิกคำสั่งของ JFTC ในกรณีที่การตัดสินนั้นขาดพยานหลักฐานสำคัญในคดี (substantial evidence) หรือคำตัดสินนั้นขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น¹¹⁵ โดยในคดีเหล่านี้บางคดีศาลจะสั่งให้ JFTC ทำการพิจารณาเพิ่มเติมต่อไปเมื่อศาลเห็นว่าจำเป็น¹¹⁶ และบุคคลที่ไม่พอใจคำตัดสินของศาลสูงแห่งกรุงโตเกียวยังสามารถอุทธรณ์ไปยังศาลสูงสุด (the Supreme Court) ได้

¹⁰⁶ Ibid., p. 109.

¹⁰⁷ Recommendation decision.

¹⁰⁸ Consent decision.

¹⁰⁹ Formal decision.

¹¹⁰ จำนวนไม่เกิน 5 แสนเยน

¹¹¹ ดู มาตรา 97 แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

¹¹² มาตรา 77 แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

¹¹³ มาตรา 85 แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

¹¹⁴ มาตรา 80 แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

¹¹⁵ มาตรา 82 แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

ก) เขตอำนาจพิเศษของศาลสูง ณ กรุงโตเกียว (The Exclusive Jurisdiction of the Tokyo High Court)

คำวินิจฉัยของ JFTC อาจนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลได้โดยการอุทธรณ์ ซึ่งคดีที่มีการอุทธรณ์ ผู้ที่เป็นฝ่ายโจทก์มักเป็นฝ่ายซึ่งถูกวินิจฉัยและได้รับคำสั่งจาก JFTC และฝ่ายจำเลย คือ JFTC ศาลสูงแห่งกรุงโตเกียวมีเขตอำนาจพิเศษในการยกเลิคำวินิจฉัยของ JFTC โดยเปรียบสถานะได้กับศาลชั้นต้น (court of first instance) และจากศาลสูงแห่งกรุงโตเกียว คู่กรณีอาจยื่นคำร้องสู่ศาลสูงสุด (Supreme Court) ซึ่งเป็นศาลสุดท้าย เพราะฉะนั้นตราบเท่าที่ยังมีการทบทวนคำวินิจฉัยของ JFTC ก็เท่ากับมีกระบวนการพิจารณาในอีก 2 ระดับ กล่าวคือในศาลสูงแห่งกรุงโตเกียวและศาลสูงสุด ซึ่งหมายความว่า การดำเนินการพิจารณาคำวินิจฉัยของ JFTC ก็เป็นเหมือนกับกระบวนการพิจารณาของศาลและเป็นสิ่งแทนที่การพิจารณาของศาลชั้นต้นนั่นเอง¹¹⁷

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับพยานหลักฐานที่สำคัญ คือ ศาลสูงแห่งกรุงโตเกียวผูกพันข้อเท็จจริงที่ได้พิจารณาในชั้นสอบสวนของ JFTC สำหรับการพิจารณาคำวินิจฉัยของ JFTC ในกรณีที่ข้อเท็จจริงที่สามารถยืนยันได้โดยพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักสำคัญ (backed up by substantial evidence)¹¹⁸ ศาลจึงมีอำนาจพิจารณาเพียงข้อกฎหมาย (matter of law) โดยเฉพาะในส่วนของความถูกต้องของคดี JFTC ว่าถูกต้องหรือไม่เท่านั้น โดยไม่มีอำนาจในการสอบสวนพิจารณาข้อเท็จจริง (fact finding) เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถืออันเป็นประโยชน์ในการพิจารณาคดี แต่อย่างไรก็ตามไม่ว่าศาลจะมีอำนาจในส่วนนี้หรือไม่ เมื่อดำเนินถึงสถานะขององค์กร ศาลสูงแห่งกรุงโตเกียวย่อมมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจพิจารณาไกลไปถึงข้อเท็จจริงแห่งคดี¹¹⁹

ข) สิทธิในการฟ้องคดี (Standing to Sue)¹²⁰

บุคคลใดที่สามารถนำเรื่องยื่นต่อศาลเพื่อขอให้มีการยกเลิกคำวินิจฉัยของ JFTC ได้ ซึ่งในกฎหมายป้องกันการผูกขาดกำหนดไว้ว่า ต้องเป็นบุคคลผู้ซึ่งไม่พอใจในคำวินิจฉัยของ JFTC กล่าวคือ ขอบเขตความหมายของบุคคลที่มีสิทธิในการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของ JFTC ในหลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายปกครองเป็นที่ยอมรับกันว่าบุคคลผู้ซึ่งผลประโยชน์ทางนิติบัญญัติของเขาได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่แห่งรัฐอาจทำการโต้แย้งคำสั่งดังกล่าวได้และในกรณีนี้ก็จำเป็นต้องนำหลักการนี้มาประยุกต์ใช้ด้วย

เป็นที่ชัดเจนว่า บุคคลผู้ซึ่ง JFTC มีคำวินิจฉัยให้การกระทำใดในฐานะที่มีพฤติกรรมอันมิชอบด้วยกฎหมายและคำสั่งที่ทำการขึ้นมีผลเป็นการห้ามบุคคลจากพฤติกรรมดังกล่าวเป็นผู้ที่มีสิทธิในการอุทธรณ์คำสั่งคำ

¹¹⁶ มาตรา 83 แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

¹¹⁷ Mitsuo Matsushita. International Trade and Competition Law in Japan, p. 110.

¹¹⁸ มาตรา 80 (1) แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

¹¹⁹ Ibid., p. 110.

¹²⁰ Ibid., pp. 111 - 112.

วินิจฉัยของ JFTC เนื่องจากไม่พอใจในผลของกฎหมาย (his legal interest is adversely affected) ในกรณีบุคคลผู้ซึ่งได้รับคำสั่งให้หยุดจากการกระทำโดยคำแนะนำ (a recommendation decision) และคำสั่งของ JFTC นั้นมีปัญหาว่าบุคคลที่ได้รับคำสั่งนั้นจะเป็นผู้มีสิทธิในการอุทธรณ์หรือไม่ ซึ่งจะกล่าวถึงประเด็นนี้ในภายหลัง

ขอบเขตของอำนาจในการร้องเรียนได้ถูกตีความแคบลงโดยศาล โดยศาลเห็นว่าไม่ใช่ว่าบุคคลใดนอกจากบุคคลผู้ซึ่ง JFTC ได้มีคำวินิจฉัยจะมีสิทธิในการอุทธรณ์เสียทั้งหมด ในคดี *Novo* และคดี *Juice Representation*¹²¹ ทั้งสองคดีเป็นกรณีที่ต้องวินิจฉัยในประเด็นที่ว่า บุคคลในคดีเป็นบุคคลผู้ที่มีสิทธิยื่นเรื่องต่อศาลเพื่อโต้แย้งคำวินิจฉัยของ JFTC และต้องการที่จะยกเลิกผลแห่งคำวินิจฉัยนั้นหรือไม่ ซึ่งศาลรวมถึงศาลสูงสุดได้ปฏิเสธสิทธิของบุคคลที่นำเอาคำวินิจฉัยของ JFTC ยื่นสู่ศาลด้วยเหตุที่ว่าต้องเสียผลประโยชน์ไปเนื่องจากคำวินิจฉัยของ JFTC โดยที่ไม่อาจถือว่ามีผลประโยชน์ที่กล่าวอ้างในความเป็นจริง (factual interest) หรือในทางอ้อม (reflective interest) เมื่อพิจารณาคำพิพากษาดูแล้วน่าจะเป็นธรรมดาที่ทั้งในศาลสูงแห่งกรุงโตเกียว (Lower Court) และศาลสูงสุด (Supreme Court) จะยอมรับสิทธิในการอุทธรณ์คำวินิจฉัย (standing to challenge a decision) จากบุคคลผู้ซึ่งรับผลแห่งคำวินิจฉัยโดยตรงมากกว่าผู้ซึ่งถูกกล่าวหาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของ JFTC หรือคู่กรณีที่มีได้รับผลกระทบโดยตรงจากคำวินิจฉัย

มีผู้ให้ความเห็นคัดค้านแนวความคิดของศาล โดยให้เหตุผลว่าในบางครั้งเป็นการยากยิ่งที่จะหาเส้นแบ่งระหว่างประโยชน์ทางกฎหมาย (legal interest) กับ ผลประโยชน์ในความเป็นจริง (factual interest) โดยปกติในการนำคำวินิจฉัยขององค์กรทางฝ่ายบริหารยื่นสู่ศาลเพื่อให้พิจารณาควรให้สิทธิแก่บุคคลโดยการตีความอย่างกว้างและเป็นความจริงที่ว่าสิ่งที่ถือประโยชน์ในความเป็นจริงที่ได้รับผลกระทบโดยคำวินิจฉัยของหน่วยงานทางปกครองนั้นอาจจะมีความสำคัญอย่างยิ่งยวดต่อฝ่ายที่เกี่ยวข้อง จึงควรตระหนักด้วยว่าการเพิกเฉยต่อข้อเท็จจริงทั้งหมดที่ไม่ใช่ข้อพิจารณาทางกฎหมาย (legal interest) เป็นมุมมองที่ยึดติดกับตัวบทมากเกินไป (too formalistic)

จากที่ได้กล่าวไปข้างต้น ปัญหาอีกประการหนึ่ง คือ บุคคลที่ได้รับคำแนะนำจาก JFTC จะโต้แย้งโดยการอุทธรณ์ไปยังศาลสูงแห่งกรุงโตเกียวได้หรือไม่ ในทางปฏิบัติ JFTC อาจให้คำแนะนำและเมื่อบุคคลที่ได้รับคำสั่งนั้นยอมรับที่จะทำตามคำแนะนำนั้น JFTC จะออกคำวินิจฉัยตามคำแนะนำ (recommendation decision) โดยเหตุนี้ แม้ว่าบุคคลได้รับคำวินิจฉัยและได้รับผลกระทบโดยตรง แต่เขาก็เป็นผู้เลือกที่จะยอมรับเอง และในภาวะเช่นนี้อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิในการโต้แย้งคำสั่ง (the standing to bring a challenge) สูศาลสูงแห่งกรุงโตเกียว

¹²¹ The *Novo* case (Decision of the Supreme Court, 28 Nov. 1975, *Minshu*, 29/10 (1975), 1592 et seq.); The *Juice* case (Decision of the Supreme Court, 14 Mar. 1978, *ibid.* 32/2 (1978), 211 et seq.) อ้างถึงใน Mitsuo Matsushita. *International Trade and Competition Law in Japan*, p. 111.

ได้มีการกล่าวถึงประเด็นข้อนี้ในคดี Oil Cartel Recommendation Decision โดยในคดีนี้ผู้ถูกกล่าวหาได้ยอมรับคำแนะนำของ JFTC กล่าวคือ จะดำเนินการหยุดการกระทำความตกลงร่วมกัน และ JFTC ได้ทำคำวินิจฉัยตามแนวทางของคำแนะนำที่ได้ออกไปโดยมีสาระสำคัญ คือ พฤติกรรมของผู้ที่ถูกกล่าวหาเป็นการทำความตกลงโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และสั่งการให้ผู้ถูกกล่าวหายุติการกระทำเช่นนั้น แต่ต่อมาผู้ถูกกล่าวหาได้นำเรื่องยื่นอุทธรณ์ต่อศาลสูงแห่งกรุงโตเกียวและอ้างว่าคำวินิจฉัยตามคำแนะนำที่ออกมาของ JFTC จะต้องถือเป็นโมฆะเนื่องจากคำนี้ถึงแนวทางปฏิบัติที่ผ่านมาของ JFTC หากได้มีการยอมรับตามคำแนะนำก็จะไม่มีการดำเนินคดีอาญาต่อไป แต่ในคดีนี้ JFTC กลับดำเนินการกล่าวหาเป็นคดีอาญาหลังจากผู้ถูกกล่าวหาได้ยอมรับปฏิบัติตามคำแนะนำ แต่ศาลสูงแห่งกรุงโตเกียวไม่รับฟังคำกล่าวอ้างของโจทก์ผู้ซึ่งเป็นบุคคลที่ถูกกล่าวหาโดย JFTC ด้วยเหตุผลที่ว่า โจทก์ไม่อาจกล่าวอ้างสิทธิของตนได้เนื่องจากโจทก์ได้ถูกปิดปากจากการยอมรับคำแนะนำของ JFTC และโจทก์มีภาระที่จะต้องปรับพฤติกรรมของตนตามที่ได้กำหนดในคำแนะนำ ซึ่งตนได้ให้ความเห็นชอบไว้ คำตัดสินชี้ขาดของศาลเป็นไปตามหลักกฎหมายปิดปาก (the doctrine of estoppel) ซึ่งห้ามบุคคลกล่าวอ้างสิทธิซึ่งขัดแย้งกับสิทธิซึ่งเขาได้กล่าวอ้างไปก่อนหน้านี้แล้ว คดีนี้ขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดในชั้นอุทธรณ์ ซึ่งศาลก็ได้ยืนยันในความเห็นที่ว่าโจทก์ไม่มีอำนาจที่จะโต้แย้งคำวินิจฉัยตามคำแนะนำของ JFTC

3.2.2.4 การบังคับใช้กฎหมายโดยเอกชน

การบังคับใช้กฎหมายโดยเอกชน (Private Enforcement) ในระบบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นกระทำได้โดยผ่านมาตรการเยียวยา 2 ประการ เช่นเดียวกับในประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ การร้องขอคำสั่งศาล (injunction rights) และการฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหาย (indemnity) ซึ่งการขอคำสั่งศาลปรากฏอยู่ในมาตรา 24 แห่งกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยกฎหมายให้สิทธิแก่บุคคลที่เสียผลประโยชน์หรืออาจจะต้องเสียผลประโยชน์ของตนไปจากการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายในกรณีการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า (unfair trade practices) โดยผู้ประกอบการธุรกิจ (entrepreneur)¹²² หรือสมาคมทางการค้า (trade association)¹²³ และได้รับความเสียหายหรืออาจจะได้รับความเสียหายในระดับที่ถึงขนาด (serious damages) ในการร้องขอให้ระงับ (suspension) หรือยับยั้ง (prevention) การกระทำดังกล่าวจากผู้ประกอบการธุรกิจหรือสมาคมทางการค้าที่ทำให้เกิดความเสียหายหรืออาจทำให้ความเสียหายเกิดขึ้น

จากหลักการดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าสิทธิของเอกชนในการขอคำสั่ง (a suit to demand the suspension or prevention of infringement) ถูกจำกัดไว้เพียงกรณีการฝ่าฝืนกฎหมายในส่วนที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าโดยไม่เป็นธรรมเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดีโจทก์ไม่จำเป็นต้องรอให้ความเสียหายที่แท้จริงเกิดขึ้น โดยเพียงแสดงให้เห็นว่าโจทก์อาจจะได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้ประกอบการธุรกิจหรือสมาคมทางการค้าก็ครบตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

¹²² มาตรา 19 แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

¹²³ มาตรา 8 (1) (v) แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

โดยปกติศาลสูงแห่งกรุงโตเกียวมีเขตอำนาจศาลในกรณี¹²⁴

- 1) คำฟ้องที่เกี่ยวกับคำวินิจฉัยของ JFTC
- 2) คำฟ้องเรียกค่าเสียหายตามมาตรา 25
- 3) คำฟ้องฐานความผิดอาญาตามมาตรา 89 ถึงมาตรา 91

ซึ่งจะมีการสร้างแผนที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีแข่งขันทางการค้าโดยเฉพาะขึ้น¹²⁵ โดยมีจำนวนผู้พิพากษา 5 คน¹²⁶ แต่ในการฟ้องคดีตามมาตรา 24 ศาลที่มีเขตอำนาจเป็นศาลชั้นต้นในแต่ละเขตตามที่กฎหมายกำหนด¹²⁷ และเมื่อมีคดีเข้ามาสู่ศาลหากจำเลยร้องขอศาลอาจสั่งให้โจทก์วางหลักประกันที่เพียงพอ¹²⁸ ซึ่งศาลจะแจ้งผลของคำร้องไปยัง JFTC ด้วย¹²⁹ อนึ่ง ศาลอาจขอความเห็นของ JFTC ในการใช้บังคับกฎหมาย (application) หรือเรื่องอื่นที่จำเป็น¹³⁰ ในทางกลับกัน JFTC เองก็สามารถให้ความเห็นแก่ศาลในการใช้บังคับกฎหมายได้หากศาลอนุญาต¹³¹

ส่วนสิทธิในการเรียกค่าเสียหายนั้นปรากฏอยู่ในมาตรา 25 (1) ของกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยบัญญัติว่า การค้าใดที่เกี่ยวข้องกับการผูกขาด (private monopolization) การจำกัดทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม (unreasonable restraint of trade) หรือการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า (unfair trade practices) ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของบุคคลใด ผู้กระทำนั้นมีความรับผิดชอบที่จะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหาย ซึ่งเป็นการที่กฎหมายเฉพาะกำหนดลักษณะการกระทำฝ่าฝืนสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองให้เป็นเรื่องละเมิด¹³² เพื่อให้เอกชนเรียกร้องค่าเสียหายได้ ส่วนการกระทำผิดกรณีอื่นตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด เช่น การควมรวมกิจการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่อยู่ในขอบเขตของการฟ้องเรียกค่าเสียหายตามมาตรา 25 นี้ เอกชนผู้เสียหายจึงต้องฟ้องคดีโดยอาศัยบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องละเมิดตามมาตรา 709 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น¹³³

¹²⁴ มาตรา 85 แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

¹²⁵ มาตรา 87 (1) แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

¹²⁶ มาตรา 87 (2) แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

¹²⁷ มาตรา 84 - 2 แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

¹²⁸ มาตรา 83 - 2 (1) แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

¹²⁹ มาตรา 83 - 3 (1) แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

¹³⁰ มาตรา 83 - 3 (2) แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

¹³¹ มาตรา 83 - 3 (3) แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

¹³² Zentaro Kitagawa (ed.). Doing business in Japan. (Vol. 5. New York: Matthew Bender, 1991), p.

¹³³ Mitsuo Matsushita. International Trade and Competition Law in Japan, p. 114.

โดยในมาตรา 25 (2) ได้กำหนดว่าจำเลยในคดีที่ถูกฟ้องตามมาตรา 25 (1) ไม่สามารถกล่าวอ้างเพื่อให้พ้นจากความรับผิดในการชดเชยค่าเสียหาย (liability) ได้ด้วยการพิสูจน์ว่าตนไม่ได้มีเจตนา (willfulness) หรือประมาท (negligence) ซึ่งเท่ากับว่าความรับผิดตามมาตรา 25 นี้เป็นความรับผิดที่ไม่ต้องอาศัยความผิด (No-Fault Liability หรือ Strict Liability) และโจทก์ในคดีประเภทนี้ก็ไม่ต้องพิสูจน์ถึงเจตนาและความผิดอันเป็นผลจากการกระทำของจำเลย โดยศาลจะใช้คำวินิจฉัยของ JFTC เป็นหลักในการพิจารณาตามบทบัญญัติในมาตรา 26 ที่กำหนดให้การที่เอกชนจะนำคดีมาฟ้องโดยอาศัยหลักของมาตรา 25 ดังกล่าวจะต้องปรากฏว่ามีคำตัดสินของ JFTC ว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดและคำตัดสินเช่นนั้นถึงที่สุดแล้ว¹³⁴ ซึ่งอาจจะเป็น formal decision, consent decision หรือ recommendation decision อย่างไม่อย่างหนึ่ง สำหรับจำนวนค่าเสียหาย ศาลจะขอความเห็นไปยัง JFTC โดยการคิดคำนวณจะพิจารณาจากจำนวนของค่าเสียหายที่การกระทำผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดได้ก่อน¹³⁵

จากบทบัญญัติที่ยกมากล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นมีการบังคับใช้โดยเอกชนในลักษณะของการฟ้องเรียกค่าเสียหาย โดยกฎหมายกำหนดว่าการฟ้องเรียกค่าเสียหายจะต้องเป็นเฉพาะการกระทำที่เป็นการผูกขาด การจำกัดทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม หรือการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า จึงจะนำคดีขึ้นสู่ศาลสูงแห่งกรุงโตเกียวอันเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีได้¹³⁶ ซึ่งหากเป็นการกระทำอย่างอื่นก็จะไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามกฎหมายฉบับนี้ แต่ก็อาจฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 709 ผ่านกระบวนการในศาลยุติธรรม โดยสิ่งที่เป็นลักษณะพิเศษและมีความสำคัญในกรณีเอกชนเลือกที่จะฟ้องโดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาด คือ การที่ไม่มีภาระจำต้องนำสืบพิสูจน์ความผิดของจำเลยอย่างเช่นในการฟ้องคดีโดยอ้างกฎหมายลักษณะละเมิด¹³⁷ เนื่องจากกฎหมายกำหนดไว้แล้วว่าจำเลยไม่อาจอ้างว่าตนเองไม่มีความผิดให้พ้นความรับผิดได้นั่นเอง แต่ถึงกระนั้นอำนาจฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายของโจทก์จะมีขึ้นก็ต่อเมื่อปรากฏว่ามีคำตัดสินของ JFTC แล้วว่าจำเลยการกระทำผิดและคำตัดสินนั้นถึงที่สุดแล้ว และโจทก์จะต้องนำสืบให้ได้ว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำผิดของจำเลยกับความเสียหายที่โจทก์ได้รับ

อนึ่ง แม้กฎหมายป้องกันการผูกขาดจะกำหนดให้เอกชนมีอำนาจฟ้องได้ การฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายโดยเอกชนในประเทศญี่ปุ่นกลับมีน้อยมาก สาเหตุมีหลายประการเช่น การมีอำนาจฟ้องของเอกชนจะต้องขึ้นอยู่กับคำตัดสินของ JFTC ที่เป็นคำตัดสินอย่างเป็นทางการ แต่ปรากฏว่า JFTC มักจะใช้วิธีการออกคำสั่งที่ไม่เป็นทางการมากกว่าคำตัดสินที่เป็นทางการในการแก้ปัญหาการผูกขาดทางการค้าที่เกิดขึ้น ดังนั้นจึงไม่ค่อยมีคำตัดสินที่เป็นทางการออกมา และเป็นการยากมากสำหรับเอกชนที่จะนำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า

¹³⁴ Ibid., pp. 113 - 114

¹³⁵ มาตรา 84 (1) แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

¹³⁶ มาตรา 85 (ii) แห่ง The Antimonopoly Act of 1947

¹³⁷ Zentaro Kitagawa (ed.). Doing business in Japan. Vol. 5, p. IX 11 - 6.

ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดของจำเลยกับความเสียหายที่โจทก์ได้รับ และจำนวนค่าเสียหายก็เป็นสิ่งที่ยากจะพิสูจน์อันเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่ทำให้โจทก์แพ้คดี¹³⁸ รวมถึงค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีในประเทศญี่ปุ่นที่สูงมาก¹³⁹ ประการสุดท้ายก็คือเครื่องมือและข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดของจำเลยนั้น มักจะปรากฏอยู่เสมอว่าโจทก์ไม่มีสิ่งเหล่านี้อยู่ในความครอบครอง และมีข้อสังเกตว่าในเรื่องการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยเอกชนภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกาเคยแนะนำให้มีการนำค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (punitive damages) หรือที่ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ treble damages มาใช้ในระบบกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นแต่กลับถูกปฏิเสธเพราะเหตุว่าเป็นหลักกฎหมายต่างประเทศที่ขัดต่อหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายอาญาและระบบกฎหมายแพ่งของตน¹⁴⁰

3.2.3 บทสรุป

โดยสรุปอาจกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นมีความสมบูรณ์ค่อนข้างมาก จากเดิมที่ระบบเศรษฐกิจในประเทศมีการกระจุกตัวสูง องค์กรกำกับดูแลกฎหมายมีความพยายามอย่างยิ่งในการที่จะบังคับใช้กฎหมายให้เป็นผลสมเจตนารมณ์ในการจัดตั้ง โดยสาเหตุสำคัญประการหนึ่งมาจากแรงกดดันทางการเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกา จากที่มีการแก้ไขเพื่อให้เกิดความเหมาะสม การใช้วิธีการที่อ่อนลงในลักษณะประนีประนอมกับผู้ประกอบธุรกิจ การทำความเข้าใจกับองค์กรภาครัฐซึ่งเกี่ยวข้องกับการส่งเสริมภาคธุรกิจด้วยความตระหนักถึงผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศเพื่อให้สภาพทางธุรกิจดำเนินไปได้ภายในสถานะที่ตลาดมีการแข่งขัน รวมถึงความเป็นอิสระขององค์กรบังคับใช้กฎหมายและความตั้งใจจริงของผู้ที่เข้ามาปฏิบัติหน้าที่ จึงทำให้กฎหมายมีการพัฒนาไปมากประกอบกับประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจชาติหนึ่ง การประกอบธุรกิจย่อมมีความลับซับซ้อนอันสิ่งนี้เป็นตัวเร่งให้กฎหมายและผู้ใช้ รวมถึงผู้ที่เกี่ยวข้องต้องตามให้ทันสภาพความเป็นจริงในทางเศรษฐกิจ และในความเป็นจริง JFTC ก็เป็นองค์กรอิสระที่เป็นกลไกหลักสำคัญในการนำพาระบบเศรษฐกิจที่มีการแข่งขันในประเทศญี่ปุ่นให้ขับเคลื่อนไปได้

ส่วนในประเด็นการบังคับใช้กฎหมายโดยเอกชน ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นมีการกำหนดสิทธิเอกชนให้สามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ โดยบัญญัติแก้ไขข้อขัดข้องของหลักกฎหมายละเมิดที่จะต้องมีการนำสืบถึงความผิดของจำเลยหรือที่เรียกว่า การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลย ด้วยการให้หลักความรับผิดที่ไม่ต้องมีการพิสูจน์ความผิดมาใช้ แต่ก็มีเงื่อนไขว่าต้องผ่านการพิจารณาจาก

¹³⁸ Masanao Nakagawa (ed.). Antimonopoly Legislation of Japan, p. 331.

¹³⁹ Jonathan D. Richards. "Japan Fair Trade Commission Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices: An Illustration of Why Antitrust Law is a Weak Solution to U.S. Trade Problems with Japan". Comparative Law: Law and the Legal Process in Japan, p. 452.

¹⁴⁰ Hiroshi Oda. Japanese Law, p. 337.

ขั้นตอนของการบังคับใช้กฎหมายโดยองค์กรทางปกครองเสียก่อนโดยต้องมีคำตัดสินของ JFTC ที่ถึงที่สุดและจำกัดไว้เฉพาะความผิดในกรณีที่เป็นกรกระทำอันเป็นการผูกขาด การจำกัดทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม และการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าเท่านั้น ซึ่งหากยังไม่มีคำตัดสินดังกล่าวหรือเป็นกรณีของการกระทำอื่น ๆ นอกเหนือจากที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดระบุไว้ เอกชนก็ยังคงใช้สิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายได้แต่เป็นการที่ต้องกลับไปใช้บทบัญญัติลักษณะละเมิดตามมาตรา 709 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งอันเป็นหลักกฎหมายพื้นฐาน โดยโจทก์จะต้องนำสืบพิสูจน์ทั้งความผิดของจำเลยและความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำละเมิดของจำเลยกับความเสียหายที่โจทก์ได้รับอันเป็นข้อจำกัดของโจทก์ในคดีประเภทนี้ที่จะแสดงให้เห็นถึงการกระทำละเมิดของจำเลยได้¹⁴¹



ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁴¹ ผาสุก เจริญเกียรติ. ความรับผิดทางแพ่ง กรณีละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด. (วิทยานิพนธ์ มหาวบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 57.

3.3 กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศเยอรมัน

3.3.1 บททั่วไป¹

ตั้งแต่ช่วงปลายศตวรรษที่ 19 จนถึงประมาณปี ค.ศ. 1945 อันเป็นที่สิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 อุตสาหกรรมของประเทศเยอรมันมีการเจริญเติบโตอย่างสูงซึ่งเป็นผลให้เกิดการกระจุกตัวทางเศรษฐกิจ โดยมีการรวมกลุ่มของผู้ประกอบการธุรกิจทำความตกลงอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่เรียกว่า cartel ขึ้นจำนวนมาก² และเหตุผลสำคัญที่มีการทำ cartel อย่างแพร่หลายนั้นก่อดำเนินมาจากคำพิพากษาของ Bavarian High Court ในปี ค.ศ. 1888 และสรุปเป็นแนวทางชัดเจนโดยศาลสูงสุดของเยอรมันในคดี Wood products cartel ปี ค.ศ. 1897 ว่าการทำสัญญาสร้างกฎเกณฑ์ในตลาดโดยเอกชน (the private regulation of markets by contract) นั้นสามารถกระทำได้ โดยศาลเห็นว่าการสร้างกฎเกณฑ์ควบคุมราคาโดยภาคเอกชนนั้นเป็นสิ่งที่ปกติ (nature of things) ที่ทำกันในภาวะสินค้าล้นตลาด³ และเป็นรูปแบบที่ทำได้เพราะเป็นเสรีภาพทางการค้า เว้นเสียแต่กรณีที่ได้ชัดชัดว่าเป็นการสร้างอำนาจผูกขาด หรือทำให้ผู้บริโภคจำนวนมากเสียหาย หรือทำให้เกิดผลอย่างใดอย่างหนึ่งในสองประการนี้ การเช่นนี้จึงเกิดความตกลงอันมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าอยู่ทั่วไปเปรียบเทียบกับกรณีที่ภาคอุตสาหกรรมของประเทศญี่ปุ่นมี self-regulations ในการควบคุมพฤติกรรมกันเองระหว่างผู้แข่งขัน ซึ่งในขณะที่ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำ cartel ศาลก็ได้นำกฎเกณฑ์ทั่วไปในหลักกฎหมายแพ่งมาบังคับใช้เพื่อคุ้มครองเสรีภาพแห่งการแข่งขันในคดีของเอกชนเป็นรายไป โดยใช้มาตรา 138⁴ และมาตรา 826⁵ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และมาตรา 1 แห่งกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG หรือ Law Against Unfair Competition of 1909) กล่าวคือ การทำ cartel อาจถูกจัดว่าเป็นสิ่งที่ขัดต่อผลประโยชน์สาธารณะได้ อีกทั้งข้อตกลงทำ cartel หรือก่อตั้งสมาคมอาจเป็นการกระทำละเมิดต่อศีลธรรมอันดี (Contra Bonos Mores)⁶ ในมุมมองของมาตรา 138

¹ ส่วนหนึ่งเรียบเรียงมาจาก ผาสุก เจริญเกียรติ. ความรับผิดทางแพ่ง กรณีละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 46 – 48.

² ในช่วงยุคสมัยนาซีมีการใช้กลุ่มธุรกิจ cartel เป็นเครื่องมือในการควบคุมเศรษฐกิจ ในบางครั้งถึงขนาดที่ผู้ประกอบการธุรกิจเป็นฝ่ายถูกบังคับให้เข้าร่วมใน cartel เสียเอง

³ John O. Haley. Antitrust in Germany and Japan: the first fifty years, 1947 – 1998. (Seattle and London: the University of Washington Press, 2001), pp. 7 - 8.

⁴ เป็นเรื่องนิติกรรมขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือนโยบายสาธารณะ (public policy)

⁵ บทบัญญัติเกี่ยวกับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนของผู้กระทำละเมิดในทางที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือนโยบายสาธารณะ (public policy)

⁶ กฎหมายเยอรมันได้วางหลักในความรับผิดเรื่องละเมิด ในมาตรา 823 และมาตรา 826 ซึ่งเหตุที่มีการใช้มาตรา 826 ก็เพราะประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 วรรคแรก มักจะเป็นการตีความในกรณีที่มีการละเมิดต่อสิทธิเด็ดขาดและเกิดความเสียหายทางกายภาพเท่านั้นและแม้ศาลสูงเยอรมันจะพัฒนาสิทธิเรียกว่า “สิทธิในการก่อตั้งและดำเนินธุรกิจ” ขึ้นมาใช้กับความเสียหายในทางเศรษฐกิจ แต่ก็ยังอยู่ในช่วงของการพัฒนาปรับใช้และส่วนมากความ

และมาตรา 826⁷ ของประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันได้เช่นกัน ซึ่งจะมีผลให้ข้อตกลงดังกล่าวบังคับใช้ไม่ได้ และตกเป็นโมฆะ อีกทั้งผู้ตกลงยังมีหน้าที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วย ดังนั้นการที่จะพิจารณาว่าการทำ cartel ละเมิดต่อศีลธรรมอันดีจะพิจารณาที่จุดมุ่งหมายและวิธีการใช้ของผู้เข้าร่วมทำความตกลงว่าเป็นปฏิปักษ์ต่อความคิดของประเพณีในปัจจุบันและศีลธรรมอันดีที่ตัดสินโดยวิญญูชนหรือไม่ และแม้ว่าการรวมกลุ่มแบบ cartel อาจนำไปสู่การละเมิดต่อศีลธรรมอันดี ตามมาตรา 138 และมาตรา 826 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้ก็ตาม แต่ก็เป็นการพยายามที่ไม่ค่อยได้ผลนัก⁸ โดยดูเหมือนว่าหลักละเมิดต่อศีลธรรมอันดีนี้ไม่เพียงพอที่จะรับมือต่ออันตรายทั้งหลายที่เกิดจากการมีอยู่ของ cartel ได้

อีกทั้งตั้งแต่ในช่วงปี ค.ศ. 1930 การศึกษาของกลุ่มนักเศรษฐศาสตร์และนักกฎหมายเสรีนิยมของ Freiburg School ได้ก่อให้เกิดแนวความคิดที่เรียกว่า Ordoliberalism⁹ ที่เสรีภาพของปัจเจกชน ความยุติธรรมของสังคม (social justice) และตลาดที่มีการแข่งขันมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันโดยให้ความสำคัญในประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวมอย่างเท่าเทียม ตามแนวความคิดนี้รัฐจะต้องสร้างสภาพแวดล้อมทางกฎหมายที่เหมาะสมขึ้นมารองรับเศรษฐกิจ และรักษาระดับของการแข่งขันทางการค้าผ่านมาตรการที่เป็นไปตามหลักการตลาดเสรี สิ่งทีแนวคิด ordoliberalism ตระหนักถึง คือ หากรัฐมิได้ใช้มาตรการใดเพื่อส่งเสริมการ

เสียหายในทางเศรษฐกิจนั้น มักจะใช้นักความรับผิดชอบตาม มาตรา 826 แต่มาตรานี้ก็มีความกว้างขวางยากแก่การจำกัดขอบเขตว่าการกระทำของจำเลยเช่นใดที่เรียกว่าเป็นการฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี

⁷ มาตรา 823 บัญญัติว่า "ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่น ๆ ของบุคคลอื่นซึ่งผิดต่อกฎหมาย จะต้องผูกพันในการชดใช้ค่าเสียหายแก่เขาสำหรับความเสียหายใดๆที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น"

หน้อย่างเดียวกันนี้จะผูกพันบุคคลซึ่งละเมิดต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องบุคคลอื่น ถ้าตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น การละเมิดเป็นไปได้อันแม้ว่าจะไม่มีความผิดหน้าที่ในการใช้ค่าสินไหมทดแทนเกิดขึ้นเพียงแต่ถ้ามีความผิดบางอย่างที่สามารถกล่าวหาต่อผู้กระทำผิดได้"

มาตรา 826 บัญญัติว่า "บุคคลซึ่งจงใจทำความเสียหายแก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดีจะต้องผูกพันที่จะชดใช้ค่าเสียหายในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่นนั้น"

⁸ Dietrich Hoffmann. The German competition law: legislation and commentary. (Deventer: Kluwer Law & Taxation, 1983), p. 99.

⁹ แนวความคิด Ordoliberalism มีหลักการพื้นฐานมาจาก Freiburg School และได้มีการพัฒนาขึ้นในช่วงระหว่างปีทศวรรษที่ 30 ถึง 50 โดยนักเศรษฐศาสตร์ชาวเยอรมัน เช่น Wilhelm Röpke ซึ่งมีส่วนสำคัญในการสร้างเศรษฐกิจระบบตลาดแบบเฉพาะของประเทศเยอรมัน (social market economy – นำโดย Ludwig Edhard และ Alfred Müller-Armack ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ประมาณปี ค.ศ. 1947) ขึ้นมา โดยถือเป็นทางเลือกที่สาม (third way) ระหว่างเศรษฐกิจสังคมนิยมแบบโซเวียตกับเศรษฐกิจเสรีนิยมแบบอเมริกัน กล่าวได้ว่า Social market economy เป็นรูปแบบเศรษฐกิจของประเทศเยอรมันโดยเฉพาะและต่างจาก socialist market economy อันเป็นเศรษฐกิจแบบสังคมนิยมที่สาธารณรัฐประชาชนจีนใช้ ความมุ่งหมายของระบบเศรษฐกิจนี้คือการทำให้สิ่งต่างๆเหล่านี้มีความสมดุล กล่าวคือ อัตราการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจสูง (high growth rate) อัตราเงินเฟ้อต่ำ (low inflation) อัตราการว่างงานต่ำ (low unemployment rate) สภาพการทำงานที่ดี (good work conditions) และมีสวัสดิการจากรัฐ (welfare) ที่เพียงพอ

แข่งขันทางการค้าจะทำให้เกิดผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาด (monopoly) ซึ่งผลของมันไม่เพียงแต่จะทำลายผลประโยชน์ที่เศรษฐกิจระบบตลาดมีให้เท่านั้น แต่ยังอาจทำลายระบอบประชาธิปไตยของประเทศไปด้วยก็ได้ เนื่องจากว่าอำนาจทางเศรษฐกิจที่เข้มแข็งสามารถเปลี่ยนแปลงไปสู่อำนาจทางการเมืองได้

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ข้อเสนอของฝ่ายสัมพันธมิตรให้รัฐสนับสนุนให้มีระบบตลาดที่เรียกว่า “การแข่งขันสมบูรณ์” และให้ทำลายโครงสร้างของเศรษฐกิจที่มีอำนาจมากด้วยการห้ามไม่ให้มี cartel การควบคุมการควบกิจการและสลายธุรกิจที่มีขนาดใหญ่หรือธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งสิ่งเหล่านี้ไม่สามารถเป็นไปได้ในความเป็นจริงของสภาพสังคมและเศรษฐกิจของประเทศในขณะนั้น เนื่องจากยังคงมีความต้องการให้มีการรวมตัวทางเศรษฐกิจแบบ cartel เพื่อรักษาเศรษฐกิจภายในประเทศไว้ ประเทศเยอรมันได้ทำการปรับใช้แนวความคิดดังกล่าวตามสภาพสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองในขณะนั้น อันเป็นการสร้างระบบเศรษฐกิจเฉพาะของประเทศเยอรมันขึ้นมา เรียกว่า Social Market Economy ทำให้นาพาประเทศรอดพ้นจากวิกฤติทางเศรษฐกิจครั้งต่างๆ ได้ดีกว่าแนวความคิดที่ตายตัวและไม่ยืดหยุ่น ซึ่งเป็นการปรับตัวจากที่ประสบการณ์จากการใช้แนวความคิดเสรีนิยมแบบดั้งเดิม (Classical Liberalism) ทำให้เกิดการผูกขาดของกลุ่มทุนและเกิดช่องว่างระหว่างชนชั้นทางเศรษฐกิจสูงเพราะความมั่งคั่งไม่กระจายตัวไปสู่สังคม ประเทศเยอรมันจึงได้เลือกแนวทางที่อยู่ระหว่างการพึ่งพากลไกตลาดแต่เพียงอย่างเดียวกับการที่รัฐควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจแบบสุดโต่ง (third way) โดยใช้นโยบายควบคุมทั้งทางเศรษฐกิจและความกินดีอยู่ดีของประชาชน กล่าวคือ เข้าไปแทรกแซงในส่วนที่เกี่ยวกับสวัสดิการของรัฐ คำนึงถึงสังคมส่วนใหญ่แทนที่จะปล่อยให้กลไกตลาดทำงานอย่างเสรี (และถูกบิดเบือนโดยผู้มีอำนาจ)

แนวความคิด Ordoliberalism ที่บางครั้งเรียกแทนด้วยคำว่า Neoliberalism¹⁰ ถือเป็นทฤษฎีพื้นฐานสำหรับตลาดในสังคมและเศรษฐกิจของประเทศเยอรมันซึ่งได้พิจารณาจากเสรีภาพของเอกชนในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และการแบ่งสันปันส่วนทรัพยากรทางเศรษฐกิจด้วยกลไกของระบบตลาดที่มีกฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้าควบคุม ดังนั้นเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของกลไกตลาดที่มีการแข่งขันสนับสนุนความมั่งคั่งและเสรีภาพทางการค้าจึงจำเป็นต้องมีการคุ้มครองโดยกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งเจตนารมณ์ของกฎหมายมิใช่การนำมาซึ่งการแข่งขันที่สมบูรณ์ แต่ได้สร้างขึ้นมาเพื่อป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางการค้า¹¹ กฎหมายฉบับนี้เรียกว่า Gesetz gegen Wettbewerbsbechränkungen (GWB)¹² โดยได้มีการริเริ่มร่างกันเมื่อปี ค.ศ. 1949 ซึ่งเดิมกฎหมายฉบับนี้ได้เกิดจากการที่รัฐบาลของทหารฝ่ายสัมพันธมิตรบัญญัติเพื่อสลายการรวมตัวของ

¹⁰ แนวความคิดทางการเมืองที่เกิดขึ้นในช่วงทศวรรษที่ 60 ซึ่งได้รวมเอาแนวคิดเสรีนิยมแบบดั้งเดิมที่คำนึงถึงความเป็นธรรมในสังคม (social justice) เข้ากับการมุ่งให้ความสำคัญต่อการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ (economic growth)

¹¹ Documents on Politics and Society in the Federal Republic of German. Competition Laws. (Bonn: INTERNATIONES, e. V., 1990), p. 8. อ้างถึงใน ผาสุก เจริญเกียรติ. ความรับผิดชอบแห่งกรณีละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 47.

¹² Act against Restraints on Competition หรือ Gesetz gegen Wettbewerbsbechränkungen ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า GWB

cartel มาครั้งหนึ่งแล้ว¹³ แต่ไม่มีการบังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจังจนกระทั่งมีการร่างกฎหมายฉบับนี้อย่างจริงจังขึ้นในปี ค.ศ. 1952 ซึ่งร่างกฎหมายดังกล่าวในเบื้องต้นมีลักษณะเข้มงวด แต่ในชั้นพิจารณาของสภาได้มีการผ่อนคลายเป็นเรื่องของการห้ามการรวมตัวกัน¹⁴ และตัดเรื่องการควบคุมการรวมกิจการเข้าด้วยกันออก¹⁵ อย่างไรก็ตามก็ดี GWB ฉบับแรกซึ่งประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1957¹⁶ ก็ถูกพิจารณาว่าขาดประสิทธิภาพ¹⁷

โดยข้อเท็จจริงยังปรากฏอีกว่า GWB ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมอีกหลายครั้ง เช่น ในปี ค.ศ. 1965, 1973, 1976 และ 1980 อันแสดงให้เห็นความตั้งใจแน่วแน่ของผู้ออกกฎหมายว่า การคุ้มครองการแข่งขันทางการค้าโดยกฎหมายจะต้องสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้จริง¹⁸ ซึ่งในการแก้ไขเพิ่มเติมปี ค.ศ. 1980 นั้นได้มีการปรับปรุงกฎหมายฉบับนี้ไปสู่เงื่อนไขของเศรษฐกิจแนวใหม่ โดยมุ่งที่จะยืนยันและแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมการควบกิจการให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น ควบคุมการเลือกปฏิบัติโดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจ และจัดหาความคุ้มครองที่ดีกว่าสำหรับการค้าขนาดเล็กและขนาดกลาง (SMEs) เพื่อคานกับการชดเชยโดยคู่แข่งที่มีอำนาจตลาดมากกว่า การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 ซึ่งมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม 1990 ได้ออกแบบให้มีความเข้มแข็งในการคุ้มครองการแข่งขันต่อการเพิ่มการกระจุกตัวของอำนาจในภาคการค้าและมุ่งหมายที่จะเพิ่มความมั่นใจในการแข่งขันที่มากขึ้น ในส่วนที่มีการยกเว้นของประกันภัย การขนส่งและสาธารณูปโภค¹⁹ โดยในปี ค.ศ. 1998 ก็ได้มีการแก้ไขกฎหมายอีกครั้งหนึ่งซึ่งมีผลในเดือนมกราคม ค.ศ. 1999 โดยมีวัตถุประสงค์หลักคือทำให้เป็นไปในแนวทางเดียวกับกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของประชาคมยุโรป โดยการเพิ่มเติมในส่วนที่เกี่ยวกับการห้ามรวมตัวกันทำข้อตกลงทางธุรกิจ การใช้อำนาจเหนือตลาด การให้คำแนะนำ รวมถึงการดำเนินการสอบสวนจะต้องเปิดเผยต่อสาธารณชนและสามารถอธิบายได้ เป็นต้น

GWB เป็นบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องการแข่งขันทางการค้าในกฎหมายเยอรมัน ซึ่งบังคับใช้มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1958 และผ่านการแก้ไขปรับปรุงมาหลายครั้งนับแต่นั้น และเพื่อให้เป็นไปตาม EC Regulation 1/2003 สำนักงานคาร์เทลแห่งสหพันธรัฐ (the Federal Cartel Office: FCO) อันเป็นองค์กรหลักในการบริหารและบังคับใช้กฎหมายจำต้องนำมาตรา 81 และมาตรา 82 แห่งสนธิสัญญาสหภาพยุโรป (the EC Treaty) มาบังคับใช้เป็นเหมือนกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศในเรื่องความตกลงระหว่างบริษัท (agreements

¹³ Act to Secure Competition by Efficiency และ Act on a Monopolies Office (1949) ซึ่งออกมาเพียงหนึ่งปีหลังมีการสร้างสกุลเงิน Deutsche Mark (DM) ออกมาใช้

¹⁴ มาตรา 2 ถึง มาตรา 8 แห่ง GWB

¹⁵ มาตรา 18 ในฉบับร่างของรัฐบาล

¹⁶ มีผลบังคับใช้ วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1958

¹⁷ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. "กฎหมายป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประเทศเยอรมัน". วารสารนิติศาสตร์. 18, 1 มีนาคม 2531, หน้า 65.

¹⁸ Norbert Horn, Hein Kötz, and Hans G. Leser. translated by Tony Weir. German Private and Commercial Law: An Introduction. (Oxford: Clarendon Press, 1982), p. 290.

¹⁹ Documents on Politics and Society in the Federal Republic of Germany. Competition Laws. p. 11.

between companies) สมาคม (decisions of associations of companies) การร่วมกันกระทำการและการใช้อำนาจเหนือตลาด (concerted practices and abusive conduct) ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อการค้าในระหว่างประเทศสมาชิก โดยตามมาตรา 3 (2) แห่ง Regulation 1/2003 มาตรา 81 แห่งสนธิสัญญาสหภาพยุโรปมีศักดิ์อยู่เหนือกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับภายในประเทศ แต่ทาง FCO เองก็ยังมีได้นำหลักการที่เปลี่ยนแปลงไปมาใช้อย่างเต็มที่โดยรอกการแก้ไขปรับปรุง GWB ครั้งที่ 7 ซึ่งจะมีผลในต้นปี ค.ศ. 2005 โดยการแก้ไขกฎหมายครั้งนี้จะทำให้กฎหมายของเยอรมันเป็นไปในแนวทางเดียวกับกฎหมายของ EU มากขึ้น

ในประเทศเยอรมัน กฎหมายป้องกันการผูกขาด (GWB) มีความสำคัญเท่ากับกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหภาพยุโรป (EC Antitrust Law) เช่น มาตรา 81 และมาตรา 82 แห่งสนธิสัญญาสหภาพยุโรปและกฎเกณฑ์ในการควบคุมการควบกิจการ (the merger control regulation) ในการประกอบธุรกิจในประเทศเยอรมัน โดย FCO ทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายจากทั้งสองแหล่ง และในการบริหารและบังคับใช้ GWB ก็จะมีสำนักงานคาร์เทลแห่งรัฐเข้ามาช่วยดูแล ในขณะที่คณะกรรมการ EC ก็จะทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหภาพยุโรปเช่นกัน โดยพบว่ากระบวนการพิจารณาทำคำตัดสิน (decision-making procedure) ของ FCO นั้นรวดเร็วกว่ากระบวนการของคณะกรรมการสหภาพยุโรป²⁰

ส่วนในเรื่องที่เกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practices) จะอยู่ภายใต้ the Act Against Unfair Competition (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG) และโดยมากคดีก็จะตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของมาตรา 1 ที่ห้ามกระทำการที่ขัดต่อหลักศีลธรรมอันดี (acts contra bonos mores) ในการแข่งขันทางการค้า กฎหมายฉบับนี้บังคับใช้โดยภาคเอกชนโดยเฉพาะผู้แข่งขันในธุรกิจ และองค์กรผู้บริโภค (private consumer organizations) โดยผ่านกระบวนการทางศาล โดยมีน้อยมากที่จะดำเนินการโดยองค์กรของรัฐ

3.3.2 การจัดวางโครงสร้างองค์กรภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้า

3.3.2.1 ประวัติศาสตร์และแนวคิดในการจัดวางโครงสร้างองค์กรมหาชนจากอดีตถึงปัจจุบัน

นับตั้งแต่หลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศเยอรมันถูกแบ่งแยกโดยแนวความคิดทางการเมืองออกเป็นสองฝ่ายในปลายปี ค.ศ. 1948 เป็นฝั่งตะวันตกกับตะวันออกโดยมีจุดแบ่ง คือ กำแพงเบอร์ลิน (Berlin Wall) ฝ่ายแรกใช้ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย (the Federal Republic of Germany) ด้วยความช่วยเหลือของกลุ่มสัมพันธมิตรนำโดยประเทศสหรัฐอเมริกา ส่วนฝ่ายหลังใช้ระบอบการปกครองแบบสังคมนิยม (the German Democratic Republic) โดยการครอบงำของสหภาพโซเวียต และสุดท้ายได้มีความพยายามรวมเอาฝั่งตะวันออกเข้ามาในฝั่งตะวันตกจนสำเร็จอย่างสมบูรณ์ในวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ. 1990 รวมเป็นระยะเวลา

²⁰ J. Rivas and M. Horspool (eds). *Modernisation and Decentralisation of EC Competition Law*. (The Hague : Kluwer Law International, 2000), p. 91.

ประมาณ 40 ปี ปัจจุบันประเทศเยอรมัน (the Federal Republic of Germany) ประกอบไปด้วย 16 รัฐ โดยมี 5 รัฐที่เป็นฝั่งตะวันตกแต่เดิม เรียกว่า รัฐเก่า ส่วนรัฐที่อยู่ในฝั่งตะวันออกเรียกว่า รัฐใหม่

3.3.2.2 การจัดวางโครงสร้างองค์กรที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจของมหาชน

โดยกฎหมายที่เกี่ยวกับการบริหารควบคุมทางเศรษฐกิจ (the law of economic administration) นี้ แม้จะเป็นกฎหมายมหาชนแต่ก็มีผลกระทบต่อภาคเอกชนเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งประกอบไปด้วยกฎหมายหลายฉบับ ที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจเป็นเรื่องๆไป โดยขอบเขตที่สำคัญภายใต้กฎหมายประเภทนี้ คือ กฎหมายสิ่งแวดล้อม กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค และกฎหมายแข่งขันทางการค้า เป็นต้น²¹

กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ (the law of public economy) ได้พัฒนาขึ้นในระบบกฎหมายเยอรมัน เมื่อไม่นานมานี้ โดยในตัวของมันเองมีอิทธิพลเกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจของรัฐเป็นอย่างมาก กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นกฎเกณฑ์ที่รัฐสร้างขึ้นเพื่อควบคุมเรื่องที่มีสัมพันธ์กับเศรษฐกิจ ซึ่งแต่เดิมถูกควบคุมโดยกฎหมายเอกชนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (the civil and commercial codes) เป็นกฎหมายสำคัญ แต่สำหรับกฎหมายประเภทใหม่นี้มีที่มาจากภาคมหาชน (public sector) และอาจถือเอาความหมายอย่างกว้างโดยรวมเอา กฎหมายป้องกันการผูกขาด ส่วนหนึ่งของกฎหมายอาญา กฎหมายภาษีอากร กฎหมายปกครอง กฎหมายเกี่ยวกับการค้าและอุตสาหกรรม และการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม และกฎหมายอื่นๆที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตามได้มีการศึกษาและยอมรับกฎหมายประเภทนี้มากขึ้นเป็นลำดับ²²

สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าในประเทศเยอรมันนั้นจัดอยู่ในจำพวกกฎหมายพาณิชย์และกฎหมายบริษัทหรือแยกประเภทออกมาต่างหาก แต่จะไม่ถือว่าอยู่ในประเภทกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเนื่องจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดได้มีการพัฒนามาก่อนหน้านี้แล้วและมีขอบเขตที่ขยายกว้างออกไปโดยเฉพาะในปัจจุบันที่กฎหมายสหภาพยุโรป (Community law) เข้ามาควบคุมมากขึ้น²³

กระบวนการปฏิวัติอุตสาหกรรม (process of industrialization) ที่นำโดยประเทศอังกฤษ ส่วนในแถบภาคพื้นยุโรปมีประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศแรกที่เคลื่อนไหวตามมาโดยประเทศเยอรมันซึ่งกว่าประเทศเยอรมันจะตามประเทศทั้งสองทันก็เข้าสู่ช่วงปี ค.ศ. 1860 และเมื่อถึงปลายศตวรรษอัตราการเจริญเติบโตและการขยายตัวของอุตสาหกรรมของประเทศเยอรมันก็สามารถแข่งหน้าทั้งสองประเทศไปได้²⁴

²¹ Nigel G. Foster. German Law & Legal System. (Great Britain: Blackstone Press, 1993), pp. 101 – 102.

²² Ibid., pp. 139 – 140.

²³ Ibid., p. 140.

จากนั้นประเทศเยอรมันก็เป็นผู้นำในอุตสาหกรรมที่สำคัญ เช่น ผลิตภัณฑ์ทางเคมี ยา และสินค้าอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น โดยการเข้าครอบครอง (holdings) ในอุตสาหกรรมเริ่มเกิดการกระจุกตัวอย่างรุนแรง ตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. 1880 อันเป็นผลจากการทำ cartel โดยในปี ค.ศ. 1875 ประเทศเยอรมันมี cartel เพียง 8 กลุ่ม และเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วจนมีถึง 2,000 กลุ่มในปี ค.ศ. 1905 และมี cartel 2,250 กลุ่มกระจายอยู่ใน 1,700 อุตสาหกรรมในปี ค.ศ. 1935²⁵ ประกอบกับมีการสร้างองค์กรธุรกิจขนาดใหญ่ (the formation of mammoth enterprises) ขึ้นมาก ซึ่งกระบวนการทำ cartel นี้ยังคงมีบทบาทสำคัญในระบบเศรษฐกิจของประเทศเยอรมัน จนกระทั่งปี ค.ศ. 1945²⁶

จากที่ประเทศเยอรมันเปลี่ยนจากระบบเศรษฐกิจแบบตลาด (market economy) มาเป็นระบบเศรษฐกิจที่วางแผนโดยรัฐ (planned state economy)²⁷ ในระหว่างช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 และเกิดเหตุการณ์สำคัญในประวัติศาสตร์ของเศรษฐกิจของประเทศเยอรมัน คือ การล่มสลายทางเศรษฐกิจหลังจากสงครามและการปรับปรุงโครงสร้างใหม่หลังจากนั้นในช่วงประมาณกลางปี ค.ศ. 1947 ด้วยความช่วยเหลือของประเทศสหรัฐอเมริกาผ่านทางแผนการฟื้นฟูเศรษฐกิจในภาคพื้นยุโรป (Marshall plan)²⁸ และเช่นเดียวกับประเทศอื่นๆ ที่การปฏิวัติอุตสาหกรรมมีส่วนในการวางรากฐานของแนวคิดการปกครองแบบเสรีนิยมที่เศรษฐกิจจะต้องปราศจากการแทรกแซงและการควบคุมของรัฐ และในขณะเดียวกันการคุ้มครองเสรีภาพและกรรมสิทธิ์โดยกฎหมายเอกชนก็อยู่บนพื้นฐานของการพัฒนาเศรษฐกิจแบบอิงกลไกตลาด²⁹ กฎหมายซึ่งคุ้มครองการแข่งขันทางการค้าจึงออกมาในปี ค.ศ. 1957 ภายใต้แนวทางที่ได้แบบอย่างบางประการมาจากประเทศสหรัฐอเมริกา และป้องกันมิให้การทำ cartel ที่เคยมีอยู่ในเศรษฐกิจของประเทศเยอรมันเกิดขึ้นอีก³⁰

3.3.2.3 การบริหารและบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐ

การบริหารกฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้าโดยองค์กรของรัฐหรือที่เรียกว่า เจ้าพนักงานคาร์เทล (cartel authorities) ประกอบไปด้วย สำนักงานคาร์เทลแห่งสหพันธ์รัฐ (the Federal Cartel Office: FCO)³¹ กระทรวง

²⁴ Norbert Horn, Hein Kötz, and Hans G. Leser. translated by Tony Weir. German Private and Commercial Law: An Introduction, pp. 4 - 5.

²⁵ John O. Haley. Antitrust in Germany and Japan: the first fifty years, 1947 – 1998, p. 8.

²⁶ Ibid., p. 5.

²⁷ Ibid., p. 6.

²⁸ วัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศภาคพื้นยุโรปกับประเทศสหรัฐอเมริกา โดยการสร้างประชาคมยุโรป (EEC) ขึ้น

²⁹ Norbert Horn, Hein Kötz, and Hans G. Leser. translated by Tony Weir. German Private and Commercial Law: An Introduction, p. 5.

³⁰ Ibid., p. 6.

³¹ โดยต่อไปจะเรียกว่า FCO

ว่าการเศรษฐกิจแห่งสหพันธรัฐ (the Federal Minister of Economics) และสำนักงานคาร์เทิลแห่งรัฐ (the supreme Land authorities)³² โดยหากกฎหมายป้องกันการผูกขาดมิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น FCO จะเป็นองค์กรหลักในการรับผิดชอบบทบาทหน้าที่และใช้อำนาจที่ได้รับมอบหมายมาจาก GWB ในฐานะเจ้าพนักงานคาร์เทิลในกรณีซึ่งผลกระทบของการกระทำที่ละเมิดต่อหลักเกณฑ์การแข่งขันทางการค้าอยู่เกินขอบเขตอำนาจของรัฐ ส่วนการกระทำที่ผลกระทบจำกัดอยู่ภายในขอบเขตของรัฐใดรัฐหนึ่งสำนักงานคาร์เทิลแห่งรัฐนั้นจะเข้ามารับผิดชอบและใช้อำนาจตามกฎหมาย³³

โดยจะขอล่าวถึงองค์กรที่เกี่ยวข้องอันมีอิทธิพลต่อการดำเนินงานของสำนักงานคาร์เทิลก่อน คือ กระทรวงการเศรษฐกิจแห่งสหพันธรัฐ และคณะกรรมการผูกขาด

(ก) กระทรวงเศรษฐกิจแห่งสหพันธรัฐ

กระทรวงการเศรษฐกิจแห่งสหพันธรัฐเยอรมันทำหน้าที่กำกับดูแล FCO โดยทำหน้าที่ให้คำแนะนำ (Instructions) แก่ FCO ซึ่งอาจเป็นคำแนะนำโดยทั่วไปหรือในกรณีเฉพาะเรื่อง

คำแนะนำทั่วไป (General instructions) นั้นอาจเกี่ยวข้องกับการทำคำตัดสินโดยทั่วไป และผูกพันต่อแผนกที่ทำหน้าที่พิจารณาตัดสิน (binding for the decision-devisions) ตราบใดที่ยังเป็นปัญหาทั่วไป เช่น การให้ความเห็นชอบ หรือคัดค้านมติคำตัดสินในคดีต่างๆ เป็นต้น

และในฐานะที่เป็นองค์กรที่มีอำนาจควบคุม FCO กระทรวงว่าการเศรษฐกิจอาจให้คำแนะนำพิเศษแก่ FCO และเนื่องจากกระบวนการพิจารณาเป็นกระบวนการพิจารณาตัดสินที่คล้ายกับของศาล กระทรวงว่าการเศรษฐกิจจึงไม่สามารถเข้าแทรกแซงในคดีซึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณาโดยให้คำแนะนำพิเศษโดยตรงเพื่อให้มีผลแก่คำตัดสิน หรือป้องกันมิให้คำตัดสินเป็นไปในทางใดทางหนึ่งได้

นอกจากนี้กระทรวงการเศรษฐกิจยังได้รับอำนาจพิเศษจาก GWB อีกประการหนึ่ง คือ อำนาจในการอนุญาต (Ministerial Authorisation) กรณีเฉพาะนอกเหนือไปจากที่ FCO มีอำนาจ เช่น กระทรวงเศรษฐกิจอาจให้อนุญาตทำความตกลง cartel ซึ่งไม่เข้าข่ายยกเว้นตามมาตรา 2 ถึงมาตรา 7 แห่ง GWB ได้ แต่ต้องเป็นกรณีเฉพาะซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ว่าจะต้องมีเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่สัมพันธ์กับเศรษฐกิจโดยรวมและประโยชน์สาธารณะ (public interest)³⁴ เช่น กรณีความตกลงร่วมกันในอุตสาหกรรมบุนารีของประเทศเยอรมันเพื่อหยุดการโฆษณาสินค้าของตนทางโทรทัศน์ในช่วงทศวรรษที่ 70 ซึ่งเป็นมาตรการที่ได้ผลมากกว่ากฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสุขภาพเสียอีก³⁵ และในมาตรา 8 (2)³⁶ ได้ย้ำให้เห็นถึงการให้

³² มาตรา 48 (1) แห่ง GWB

³³ มาตรา 48 (2) แห่ง GWB

³⁴ มาตรา 8 (1) แห่ง GWB

อำนาจในข้อนี้ต้องเป็นไปอย่างจำกัด และในกรณีการรวมกิจการ (concentration) เมื่อได้รับคำร้องขอกระทรวงเศรษฐกิจอาจพิจารณาให้อนุญาตการรวมกิจการที่ต้องห้ามโดย FCO โดยดูจากประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่เกิดในระบบ³⁷ มีมากกว่าผลเสียที่เกิดจากการจำกัดทางการค้าซึ่งแตกต่างจากศาลที่พิจารณาจำกัดเฉพาะประเด็นหลังเท่านั้น³⁸ หรือกรณีหากมีเหตุผลอันสมควรในการกระทำที่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะ (public interest) โดยขอบเขตของการอนุญาตจะทำได้เท่าที่ไม่เป็นการทำให้ระบบเศรษฐกิจเสียหาย³⁹ และจะต้องรับฟังความเห็นของคณะกรรมการการผูกขาดก่อนทำการตัดสินใจรวมถึงจะต้องให้โอกาสแก่เจ้าพนักงานคาร์เทลแห่งรัฐที่ผู้ประกอบธุรกิจจดทะเบียนตั้งอยู่แสดงความคิดเห็นด้วย⁴⁰ ซึ่งการใช้อำนาจส่วนนี้ของกรรมาธิการจะกระทำอย่างจำกัด โดยในตลอด 20 กว่าปีที่ผ่านมามีการยื่นขออนุญาตต่อกระทรวงเศรษฐกิจเพียง 16 รายและได้รับการอนุมัติเพียง 6 รายเท่านั้น⁴¹

(ข) คณะกรรมการการผูกขาด

คณะกรรมการผูกขาด (the Monopolies Commission) มิได้เป็นเจ้าพนักงานคาร์เทลภายใต้ G.13 แม้ว่าจะมีหน้าที่ความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายนี้ โดยคณะกรรมการผูกขาดก่อตั้งขึ้นโดยการปรับปรุงกฎหมายแข่งขันทางการค้าครั้งที่ 2⁴² อันเป็นองค์ประกอบไปด้วยสมาชิก 5 คนจากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี (Federal President) และการนำเสนอของรัฐบาลกลาง (Federal Government) ซึ่งผู้ดำรงตำแหน่งจะต้องมีความรู้และความเชี่ยวชาญในทางเศรษฐกิจ การบริหารธุรกิจ นโยบายทางสังคม เทคโนโลยี หรือกฎหมายทางพาณิชย์⁴³ และจะต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับภาคราชการและภาคธุรกิจ⁴⁴ โดยมีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปีและสามารถดำรงตำแหน่งต่อไปได้เมื่อหมดวาระ⁴⁵ หน้าที่ของคณะกรรมการผูกขาด⁴⁶ คือ ในทุก 2

³⁵ The Tasks of the Bundeskartellamt – an overview. Provided by Federal Cartel Office. [Online]. Available: http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Broschure_engl.Jan02.pdf. p. 8.

³⁶ "If there is an immediate danger to the existence of a majority of the undertakings in a sector of the economy, the exemption may be granted only if other legislative or economic policy measures cannot be taken, or cannot be taken in time, and the restraint of competition is a suitable means of averting the danger. The exemption may be granted only in especially serious individual cases."

³⁷ ซึ่งเป็นทางออกของผู้ประกอบธุรกิจในการใช้ข้อโต้แย้งอันมิใช่เรื่องของการแข่งขันทางการค้า (non-competition-based arguments)

³⁸ The Tasks of the Bundeskartellamt – an overview. Provided by Federal Cartel Office, p. 15.

³⁹ มาตรา 42 (1) แห่ง GWB

⁴⁰ มาตรา 42 (4) แห่ง GWB

⁴¹ The Tasks of the Bundeskartellamt – an overview. Provided by Federal Cartel Office, p. 15.

⁴² Dietrich Hoffmann. The German competition law: legislation and commentary, p. 172.

⁴³ มาตรา 45 (1) แห่ง GWB

⁴⁴ มาตรา 45 (3) แห่ง GWB

⁴⁵ มาตรา 45 (2) แห่ง GWB

ปี คณะกรรมการจะเสนอความคิดเห็นโดยอิสระเกี่ยวกับแนวโน้มของระดับการกระจุกตัวทางเศรษฐกิจหรือสภาวะการควบกิจการ (business concentration) ภายในประเทศเยอรมัน และการประเมินประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมการกระจุกตัวทางเศรษฐกิจ รวมถึงให้ความเห็นในเรื่องที่เป็นประเด็นเกี่ยวกับนโยบายการแข่งขันทางการค้า เช่น การควบกิจการ นอกจากนี้คณะกรรมการผูกขาดอาจเสนอความคิดเห็นเพิ่มเติมหากมีความจำเป็น หรือเสนอความเห็นตามคำเรียกร้องของรัฐบาลกลาง รวมถึงคดีที่ยื่นต่อกระทรวงการเศรษฐกิจแห่งสหพันธ์รัฐสำหรับคำตัดสินภายใต้บทบัญญัติบางมาตราที่ต้องขอความเห็นของคณะกรรมการผูกขาดก่อนตัดสิน⁴⁷

รายงานและอำนาจบังคับของคำแนะนำเกี่ยวกับการควบคุมการรวมกิจการเกิดขึ้นจากคณะกรรมการผูกขาดในเมืองโคโลญน์ และคำแนะนำของคณะกรรมการดังกล่าวกลายเป็นปัจจัยแห่งอำนาจที่สำคัญขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้⁴⁸

(ค) สำนักงานคาร์เทลแห่งสหพันธ์รัฐ (The Federal Cartel Office)

กฎหมายที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าของเยอรมันโดยตรง คือ the Act against Restraints on Competition (GWB) ซึ่งการแก้ไขครั้งล่าสุดมีผลบังคับใช้เมื่อต้นปี ค.ศ. 1999 โดยวัตถุประสงค์หลักในการแก้ไขคือ ทำให้เป็นไปในแนวทางเดียวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประชาคมยุโรป (EU Competition Law) กฎหมายฉบับนี้บังคับใช้โดย FCO ซึ่งเป็นอิสระจากรัฐบาลแม้ว่าจะมีสถานะเป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐบาลกลางก็ตาม โดยมีสำนักงานคาร์เทลในแต่ละรัฐเป็นผู้ช่วยดูแลในกิจกรรมของ FCO ในกรุงบอนน์ (Bonn) อีกส่วนหนึ่ง

การทำคำวินิจฉัยของ FCO เป็นเรื่องของกระบวนการกำหนดค่าปรับและกระบวนการทางปกครองเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าเป็นหลัก และกระทำโดยตนเองมิได้รับคำแนะนำจากกระทรวง (Ministry of Economics) ที่กำกับดูแลองค์กร เหตุผลที่ความเป็นอิสระจากการแทรกแซงทางการเมืองของ FCO มีความสำคัญมากก็เพราะความเชื่อที่ว่าระบบการแข่งขันเป็นระบบที่ไม่สามารถอยู่ได้โดยตัวของมันเอง (no means a self-sustaining system) กล่าวอีกอย่างคือ การแข่งขันถูกจำกัดหรือทำลายโดยผลประโยชน์ของคนบางกลุ่มเสมอ ในขณะที่สาธารณะได้ประโยชน์จากการแข่งขัน แต่ผู้ประกอบการก็บางรายพยายามหาเหตุผลที่จะหลีกเลี่ยงการแข่งขันโดยเฉพาะในช่วงเวลาที่เกิดภาวะวิกฤติการณ์ทางเศรษฐกิจ หากในสถานการณ์เช่นนี้นักการเมืองใช้อิทธิพลกดดันให้ FCO ทำการตัดสินจากปัจจัยพื้นฐานอย่างอื่นที่ไม่ใช่หลักการแข่งขัน อาจจะเป็นเพื่อประโยชน์ในการป้องกันการตกงาน ระบบการแข่งขันก็จะตกอยู่ในอันตรายจากการถูกบิดเบือนไป⁴⁹

⁴⁶ มาตรา 44 (1) – (3) แห่ง GWB

⁴⁷ มาตรา 42 (4) แห่ง GWB

⁴⁸ Dr. Mitchael H. Bocker Barbette Marzheuser Mitchael Nusser Katharina Seheja. German Practical Commercial Laws. (Longman Group Ltd., 1992), p. 36. อ้างถึงใน ผาสุก เจริญเกียรติ. ความรับผิดชอบแห่งกรณีละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 46 – 48.

สำหรับเจตนารมณ์ของนโยบายเศรษฐกิจสำคัญ ที่มีแนวทางต่างออกไปจากการแข่งขันทางการค้าก็ถือเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือภารกิจของ FCO เอง หากการจำกัดทางการค้าในคดีเอกชนมีความสำคัญต่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจทั้งหมดหรือเป็นธรรมที่จะจกขวยเอาผลประโยชน์สาธารณะไว้กับตนเองก็อาจขออนุญาตเป็นกรณีพิเศษจากกระทรวงเศรษฐกิจ⁵⁰ โดยการตัดสินใจอย่างอิสระเป็นสิ่งสำคัญในการทำให้ผลร้ายที่เกิดจากการจำกัดการแข่งขันปรากฏออกมา⁵¹

FCO มิได้มีอำนาจอิสระโดยสมบูรณ์ โดยกระทรวงเศรษฐกิจสามารถแทรกแซงการใช้อำนาจของ FCO ได้โดยการให้คำแนะนำ (instruction)⁵² แต่อำนาจในส่วนนี้ได้ถูกใช้น้อยมาก กล่าวคือ นับแต่กฎหมายมีผลบังคับใช้ก็เพิ่งจะมีการใช้อำนาจในส่วนนี้เป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1980 จนถึงปัจจุบันรวม 5 ครั้งเท่านั้น โดยเป็นการให้คำแนะนำโดยทั่วไป (general directive) 4 ครั้ง และเป็นการให้คำแนะนำเฉพาะบุคคล (specific directive) 1 ครั้ง โดยคำแนะนำนี้จะต้องอยู่ภายในขอบเขตของ GWB และไม่มีผลผูกพันต่อศาล⁵³

(1) องค์ประกอบของสำนักงานคาร์เทลแห่งสหพันธ์รัฐ

สำนักงานคาร์เทลแห่งสหพันธ์รัฐ⁵⁴ (The Federal Cartel Office) จัดได้ว่ามีความสำคัญมากที่สุดโดยปัจจุบันตั้งอยู่ ณ กรุงบอนน์ ซึ่งเป็นองค์กรกลางที่มีความเป็นอิสระ (an independent higher federal authority) โดยอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของกระทรวงเศรษฐกิจแห่งสหพันธ์รัฐ⁵⁵ ส่วนอำนาจในการทำคำตัดสินของ FCO นี้จะกระทำโดยผู้เชี่ยวชาญที่รับผิดชอบแบ่งแยกเป็นแผนก⁵⁶ (decision divisions) ซึ่งปัจจุบันมีทั้งหมด 11 แผนก แต่ละแผนกมีขอบเขตของเรื่องที่ได้รับผิดชอบแตกต่างกันไป เช่น แผนกที่ 9 รับผิดชอบเกี่ยวกับการค้าส่งและค้าปลีกแต่ไม่รวมถึงหนังสือพิมพ์และนิตยสารซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของแผนกที่ 6 เป็นต้น กระบวนการพิจารณาจะมีวิธีดำเนินการคล้ายศาล โดยมีประธานกรรมการและกรรมการอีก 2 คน⁵⁷ ทำหน้าที่พิจารณาอย่างอิสระโดยปราศจากคำแนะนำจากองค์กรอื่นและสรุปผลโดยอาศัยมติเสียงข้างมาก⁵⁸ ส่วนการกระจายหน้าที่ความรับผิดชอบไปยังแต่ละฝ่ายนั้นกระทำโดยประธานแห่ง FCO โดยใช้กฎเกณฑ์ในการพิจารณา

⁴⁹ The Tasks of the Bundeskartellamt – an overview. Provided by Federal Cartel Office, p. 4.

⁵⁰ ในเรื่องการควบคุมกิจการ

⁵¹ Ibid., pp. 4 - 5.

⁵² มาตรา 52 แห่ง GWB

⁵³ John O. Haley. Antitrust in Germany and Japan: the first fifty years, 1947 – 1998, p. 93.

⁵⁴ มีเจ้าพนักงานคาร์เทลประจำอยู่ในรัฐต่างๆ ทั้ง 16 รัฐ

⁵⁵ มาตรา 51 (1) แห่ง GWB

⁵⁶ มาตรา 51 (2) แห่ง GWB

⁵⁷ มาตรา 51 (3) แห่ง GWB

⁵⁸ The Tasks of the Bundeskartellamt – an overview. Provided by Federal Cartel Office, p. 4.

(rules of procedure) ที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเศรษฐกิจแห่งสหพันธรัฐแล้ว ซึ่งเป็น การจัดองค์ประกอบภายใต้ความเชื่อที่ว่าการรวมตัวขององค์กรในลักษณะนี้จะก่อให้เกิดผลดีในการบังคับใช้กฎหมาย

ผู้ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการ (director) และกรรมการในแผนกที่ทำหน้าที่พิจารณาต่างๆเป็นข้าราชการ ที่ได้รับการแต่งตั้งตลอดชีพ (civil servants appointed for life)⁵⁹ และเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติเฉกเช่นเดียวกับผู้ดำรง ตำแหน่งผู้พิพากษาและข้าราชการระดับสูง (senior civil servants)⁶⁰ และจะต้องไม่เป็นเจ้าของหรือทำหน้าที่ใน การบริหารองค์กรธุรกิจใด หรือไม่เป็นสมาชิกในคณะกรรมการบริหาร หรือคณะกรรมการให้คำปรึกษาแก่องค์กร ธุรกิจ กลุ่ม cartel หรือสมาคมทางการค้าและอุตสาหกรรม หรือองค์กรทางวิชาชีพใด⁶¹ โดยสำหรับผู้ดำรง ตำแหน่งผู้อำนวยการแผนกต้องสำเร็จการศึกษากฎหมายเป็นเวลา 3 ปีครึ่งเป็นอย่างน้อย และผ่านการทดสอบ ทางกฎหมายในระดับที่เทียบได้กับคุณสมบัติของอาจารย์นิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยส่วนใหญ่ ส่วนกรรมการใน แผนกก็ต้องมีคุณสมบัติขั้นต่ำเป็นข้าราชการระดับสูง (higher civil service) ซึ่งเท่ากับว่าจะต้องจบการศึกษา ระดับมหาวิทยาลัยทางด้านนิติศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ การเงินการคลัง หรือสังคมศาสตร์ และผ่านการสอบเป็น ข้าราชการ (civil service examination) แล้ว⁶²

ในส่วนแผนกที่ทำหน้าที่พิจารณาคดี (Decision Division) ทำหน้าที่ทั้งในการอนุมัติ (approval) การ บริหารงานภายใต้กฎหมาย (policing) และการดำเนินคดี (prosecution) ซึ่งกระทำการทั้งหมดโดยอิสระและไม่ มีการแบ่งแยกหน้าที่ไปยังส่วนอื่น หมายความว่า องค์กรที่ทำหน้าที่สืบสวนสอบสวนและฟ้องคดี รวมถึงการนั่ง เป็นคณะพิจารณาตัดสินความผิดและกำหนดค่าปรับอาจเป็นองค์กรเดียวกัน และผู้ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการ แผนก (director) จะเป็นข้าราชการระดับสูง (senior official) และหลายคนที่ยังดำรงตำแหน่งมาเป็นเวลานาน (อยู่ ในช่วงหลังเกษียณ - extended periods) บางคนมากกว่า 10 ปี บางคนดำรงตำแหน่งมาเป็นเวลากว่า 20 ปี โดยบริหารงานถึง 2 แผนกๆละประมาณ 10 ปี โดยคุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่งจะต้องมีความรู้และความ เชี่ยวชาญในอุตสาหกรรมที่อยู่ในขอบเขตของแผนกที่รับผิดชอบเป็นอย่างดีโดยเปรียบได้กับผู้จัดการหรือ ผู้บริหารชั้นนำในอุตสาหกรรมนั้นๆ⁶³

ตำแหน่งประธาน (president) แห่ง FCO มีความสำคัญมาก แม้ว่าใน GWB จะมีได้นิยามหน้าที่เอาไว้ โดยเฉพาะ โดยกฎหมายได้กล่าวถึงประธานของ FCO ไว้เพียงสองมาตรา มาตราแรกคือ มาตรา 59 (7) อันเป็น เรื่องความยินยอมของประธานในการออกคำสั่งสืบสวน (inspection) หรือตรวจสอบความถูกต้อง (verification) ของหนังสือหรือเอกสาร แต่ไม่รวมถึงการเปิดเผยข้อมูลตามมาตรา 59 (6) หรือการค้นตามมาตรา 59 (4) และใน

⁵⁹ Civil servant คือ ข้าราชการที่ทำงานในภาครัฐโดยอาจสังกัดในกระทรวงหรือองค์กรอื่นใดของรัฐโดยจะต้อง มีความเป็นกลางทางการเมือง และไม่รวมถึงนักการเมืองและที่ปรึกษาทางการเมือง

⁶⁰ มาตรา 51 (4) แห่ง GWB

⁶¹ มาตรา 51 (5) แห่ง GWB

⁶² John O. Haley. Antitrust in Germany and Japan: the first fifty years, 1947 - 1998, p. 96.

⁶³ Ibid., p. 96.

มาตรา 90 (2) ประธานมีอำนาจในการแต่งตั้งบุคลากรในองค์กรในการดำเนินคดีแพ่งที่เกิดขึ้นภายใต้ GWB เพื่อให้แน่ใจว่าได้มีการนำเสนอความเห็นขององค์กรในคดี อย่างไรก็ตามประธานมีอิทธิพลสำคัญในการควบคุมทิศทางของการบังคับใช้กฎหมายขององค์กร⁶⁴

(2) อำนาจและหน้าที่ของสำนักงานคาร์เทลแห่งสหพันธรัฐ

ทั้งประเทศเยอรมันและประเทศญี่ปุ่นต่างก็มีระบบสมาคมการค้าและช่างฝีมือ (artisanal and mercantile guilds) ที่เข้มแข็งในช่วงยุคเศรษฐกิจก่อนอุตสาหกรรม (preindustrial economics) ซึ่งในญี่ปุ่นระบบนี้ได้สืบทอดมาอย่างน้อยมากเนื่องจากได้มีการใช้นโยบายทำให้เป็นตะวันตก (Westernizing) ไปพร้อมกับการพัฒนาอุตสาหกรรม (industrializing) ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ทำให้กฎหมายเริ่มเข้ามามีบทบาทในการควบคุมรูปแบบของการรวมตัวกัน เช่น มี the Industrial Cooperatives Law of 1896 เป็นต้น และกฎหมายนี้ก็นำรูปแบบมาจากตะวันตกมากกว่าของญี่ปุ่นเอง สำหรับเยอรมัน ในช่วงศตวรรษที่ 19 สมาคมต่างๆ (guilds) ได้พัฒนาไปสู่สมาคมรูปแบบใหม่ (modern associations) และมักจะได้รับการสนับสนุนจากกฎหมาย⁶⁵

ธุรกิจในประเทศเยอรมันได้เชื่อว่าเคยมีการทำ cartel กันมาก ซึ่งเป็นความตกลงที่บังคับใช้กับกลุ่มพันธมิตรทางธุรกิจ (alliances) มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการแข่งขันกันอย่างรุนแรงจนกระทั่งถึงระดับที่ผู้ประกอบการต้องเสียหายกันทั้งสองฝ่าย แต่ก็มีมีการตรวจสอบ (monitored) โดยองค์กรสาธารณะ (public authority) มิให้สมคบกันกระทำการอันขัดต่อประโยชน์สาธารณะ (conspiracies against the public) ในที่สุดหลังจากผ่านทศวรรษแห่งการทำสงคราม cartel การนำแนวความคิดเสรีนิยมเข้ามาภายหลังช่วงสงครามถูกกดดันโดยประเทศอเมริกาทำให้ต้องละทิ้งการปฏิบัติแบบเดิมๆ และในปี ค.ศ. 1957 ก็เกิดสำนักงานคาร์เทลที่เป็นอิสระทางการเมืองขึ้น (FCO) อันเป็นกลไกที่คอยควบคุมความเข้าใจเกี่ยวกับการทำ cartel ให้อยู่ในขอบเขตที่ยอมรับได้ ซึ่งก็คล้ายกับ JFTC ของประเทศญี่ปุ่นที่องค์กรมีอำนาจในการเลือกที่จะนิ่งเฉยสำหรับการกระทำที่ไม่เป็นความผิดทางอาญา (to search unannounced for incriminating evidence) อันเป็นการปฏิเสธที่จะทำตัวเป็นองค์กรป้องกันการผูกขาดที่มีความเป็นเศรษฐกิจเสรีนิยมมากเกินไป⁶⁶

และอีกสิ่งหนึ่งที่ FCO เหมือนกับ JFTC ก็คือ การที่ FCO ไม่ได้ห้ามผู้ประกอบการร่วมมือกันกระทำการซึ่งเป็นการส่งเสริมประโยชน์สาธารณะ แม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติใน GWB ให้ทำ cartel ในภาวะเศรษฐกิจตกต่ำได้เหมือนในประเทศญี่ปุ่นก็ตาม⁶⁷

⁶⁴ Ibid., pp. 96 - 97.

⁶⁵ Ronald Dore. *Stock Market Capitalism: Welfare Capitalism: Japan and Germany versus the Anglo-Saxons.* (New York: Oxford University Press, 2000), pp. 208 – 209.

⁶⁶ Ibid., p. 209.

⁶⁷ Ibid., p. 210.

ก. ความรับผิดชอบโดยทั่วไป

FCO มีหน้าที่ป้องกันการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่มีผลกระทบต่อสหพันธรัฐเยอรมัน กล่าวคือ ห้ามการทำ cartel ควบคุมการควบกิจการ และควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาด (control of abusive practices) แต่ FCO ก็รับผิดชอบเพียงแต่ในส่วนที่เกิดจากขอบเขตอำนาจของสำนักงานคาร์เทลแห่งรัฐเท่านั้น โดยหากผลกระทบของการกระทำจำกัดอยู่ในขอบเขตของรัฐฯ หนึ่ง องค์กรที่บังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของรัฐนั้นก็จะดำเนินการภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย เว้นแต่ในเรื่องของการควบกิจการ (Merger control) ที่ FCO มีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการบังคับใช้กฎหมาย และ FCO ยังเป็นองค์กรที่รับผิดชอบภารกิจที่กฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้าของสนธิสัญญาสหภาพยุโรปได้มอบหมายให้แก่ประเทศสมาชิก รวมถึงทำหน้าที่ในการให้ความเห็นต่อนโยบายการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายการแข่งขันทางการค้า⁶⁸

กระบวนการทางบริหารของ FCO อาจกระทำโดยเป็นทางการ (formal administrative proceedings) คือ ใช้กระบวนการดำเนินงานคล้ายกับศาล ใช้หลักการพิจารณาคดีโดย FCO จะทำการสืบสวนสอบสวนโดยตนเอง กับการกระทำแบบไม่เป็นทางการ (informal administrative proceedings) ซึ่ง FCO จะสอบถามเบื้องต้นให้ผู้ประกอบธุรกิจชี้แจงเข้ามา โดยเป็นไปด้วยความสมัครใจ โดยเมื่อมีคำวินิจฉัยจาก FCO และมีผลกระทบต่อคู่กรณี หากคู่กรณีไม่พอใจก็สามารถส่งเรื่องให้ศาลพิจารณาได้ ซึ่งศาลจะทำการพิจารณาคดีโดยพิจารณาจากข้อมูลเดิม ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย พร้อมกับมีอำนาจสืบสวนสอบสวนด้วยตนเอง

ทั้ง FCO และสำนักงานคาร์เทลแห่งรัฐ ล้วนมีหน้าที่ในการจัดทำรายงาน บริหารงาน และการดำเนินคดีตามที่ GWB กำหนด โดยประการแรก FCO มีหน้าที่ในการจัดทำรายงานต่อสาธารณชนถึงสถานการณ์บังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและพัฒนาการที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน⁶⁹ ซึ่งเดิมการจัดเตรียมรายงานจะกระทำปีละครั้ง จนกระทั่งการแก้ไขกฎหมายในปี ค.ศ. 1981 ก็เปลี่ยนเป็นรอบสองปีโดยสลับกับการทำรายงานของคณะกรรมการผูกขาดที่จัดทำรายงานสองปีครั้งเช่นกัน⁷⁰ โดยในรายงานจะต้องแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับการควบกิจการทั้งหมดตามมาตรา 39 และคำแนะนำทั่วไป (general directives) ที่ออกโดยกระทรวงเศรษฐกิจแห่งสหพันธรัฐ ในทางปฏิบัติจะมีรายละเอียดมากกว่านี้ ซึ่งรายงานนี้เป็นหนึ่งในแหล่งข้อมูลสำคัญเกี่ยวกับการบังคับใช้ GWB รวมถึงความเห็นของ FCO โดยมีการรวมสถิติการบังคับใช้กฎหมายทั้งหมดของทั้ง FCO และสำนักงานคาร์เทลแห่งรัฐ รวมถึงกระบวนการบังคับใช้กฎหมาย ช้อยกเว้น และคำตัดสินของศาลในปัจจุบัน⁷¹

⁶⁸ The Tasks of the Bundeskartellamt – an overview. Provided by Federal Cartel Office, p. 3.

⁶⁹ มาตรา 53 แห่ง GWB

⁷⁰ มาตรา 44 (1) แห่ง GWB

⁷¹ John O. Haley, Antitrust in Germany and Japan: the first fifty years, 1947 – 1998, p. 97.

ข. กระบวนการยุติข้อพิพาทก่อนเกิดคดี

FCO มักจะใช้วิธีการร้องขอ (request) ไปยังผู้ประกอบการธุรกิจให้ระงับหรือหยุดกระทำการอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยปราศจากการดำเนินการที่เป็นทางการ ซึ่งคดีจำนวนมากประสบความสำเร็จตามแนวทางนี้⁷² และยังมีมาตรการที่กฎหมายสร้างขึ้นเพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจจัดความขัดแย้งในเบื้องต้นได้ดังนี้

1) กฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้า (Competition Rules)

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศเยอรมันเปิดโอกาสให้สมาคมการค้าและอุตสาหกรรม (trade and industry associations) และองค์กรวิชาชีพ (professional organizations) สร้างกฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้า (competition rules) ในขอบเขตการดำเนินธุรกิจของตนขึ้นได้⁷³ โดยกฎเกณฑ์ทางการค้านี้จะทำหน้าที่ควบคุมพฤติกรรมการแข่งขันของผู้ประกอบการเพื่อมิให้เกิดการละเมิดหลักการแข่งขันอย่างเป็นทางการหรือมีผลกระทบต่อประสิทธิภาพของการแข่งขัน และทำการสนับสนุนพฤติกรรมการแข่งขันให้อยู่ในกรอบหลักเกณฑ์เหล่านี้⁷⁴ ซึ่งสมาคมการค้าและอุตสาหกรรมและองค์กรวิชาชีพจะต้องยื่นกฎเกณฑ์ที่ตกลงกันให้ FCO รับทราบ (recognition)⁷⁵ เพื่อการพิจารณาสำหรับเรื่องและขอบเขตรวมถึงรายละเอียดของกฎเกณฑ์การแข่งขัน โดยจะต้องแนบหลักฐานเอกสารเกี่ยวกับกฎหมายที่ควบคุมสมาคมการค้าและอุตสาหกรรมและองค์กรวิชาชีพนั้น และแสดงให้เห็นว่ากฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นไม่ขัดต่อกฎหมายดังกล่าว และต้องแสดงรายชื่อของสมาคมหรือองค์กรวิชาชีพที่ไม่เกี่ยวข้องและองค์กรธุรกิจ (undertakings) ที่อยู่ในระดับเดียวกันในตลาด รวมถึงสมาคมผู้ผลิต (suppliers) และผู้ซื้อ (purchasers) และองค์กรในระดับสหพันธรัฐที่มีความสัมพันธ์กันในหน่วยของเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้อง และในการขอให้รับรองกฎเกณฑ์จะต้องไม่มีหรือใช้ข้อมูลที่ไม่ถูกต้องหรือไม่สมบูรณ์เพื่อปิดบังความจริงให้ได้มาซึ่งการรับรองกฎเกณฑ์ที่ยื่นขอ⁷⁶ และการเปลี่ยนแปลงและแก้ไขเพิ่มเติมกฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้าจะต้องกระทำผ่านทาง FCO เท่านั้น⁷⁷

ในการพิจารณา FCO จะเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกซึ่งเป็นองค์กรธุรกิจที่อยู่ในระดับเดียวกันทางเศรษฐกิจกับองค์กรที่ยื่นเรื่อง และสมาคมการค้าและอุตสาหกรรมและองค์กรวิชาชีพที่เป็นผู้ซื้อและผู้ผลิตที่จะได้รับผลกระทบจากกฎเกณฑ์การแข่งขัน รวมถึงองค์กรในระดับสหพันธรัฐที่อยู่ในระดับเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้อง ทำ

⁷² Rudolf Mueller, Martin Heidenhain, and Hannes Schneider. *German Antitrust Law: An introduction to the German antitrust law with German text and synoptic English translation of the Act against Restraints of Competition*. 2nd ed. (Germany: Fritz Knapp Verlag, Frankfurt am Main, 1981), p. 107.

⁷³ มาตรา 24 (1) แห่ง GWB

⁷⁴ มาตรา 24 (2) แห่ง GWB

⁷⁵ มาตรา 24 (3) แห่ง GWB

⁷⁶ มาตรา 24 (4) แห่ง GWB

⁷⁷ มาตรา 24 (5) แห่ง GWB

การแสดงความคิดเห็นต่อกฎเกณฑ์ดังกล่าวได้ โดย FCO อาจเปิดให้มีประชาพิจารณ์ (public hearing) ระหว่างการพิจารณาเพื่อให้ทุกคนสามารถโต้แย้งกฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นได้⁷⁸

เมื่อพิจารณาเสร็จแล้ว FCO จะแสดงออกมาในรูปแบบของคำตัดสิน (decision)⁷⁹ โดย FCO อาจใช้ดุลพินิจในการยกเว้นให้ใช้กฎเกณฑ์ที่ขัดต่อมาตรา 1 หรือมาตรา 22 (1)⁸⁰ แห่ง GWB ได้ แต่ FCO จะปฏิเสธคำขอซึ่งมีกฎเกณฑ์ที่ขัดต่อบทบัญญัติมาตราอื่นใน GWB หรือ the Act Against Unfair Competition หรือในกฎหมายอื่น⁸¹ และเมื่อใดที่เห็นควรยกเลิกกฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นสมาคมการค้าและอุตสาหกรรมและองค์กรวิชาชีพต้องแจ้งต่อ FCO ในการยกเลิกกฎเกณฑ์ดังกล่าว⁸² และ FCO จะถอดถอนการอนุญาตเมื่อภายหลังพบว่าสถานการณ์เป็นไปตามเงื่อนไขมาตรา 26 (2)⁸³

ในการนี้ FCO มีหน้าที่จัดหาข้อมูลเกี่ยวกับกฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้าตามคำร้องขอ โดยจะเปิดเผยเฉพาะชื่อ สถานะทางกฎหมาย (legal form) และที่อยู่ของสมาคมการค้าและอุตสาหกรรมหรือองค์กรวิชาชีพ⁸⁴ ทั้งนี้ข้อมูลบางส่วนจะตีพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา (federal gazette) กล่าวคือ คำขอให้รับรองกฎเกณฑ์ (applications) วันที่ซึ่งเปิดให้ประชาพิจารณ์ และการรับรอง การเปลี่ยนแปลงและการแก้ไขเพิ่มเติมกฎเกณฑ์การแข่งขัน รวมถึงการถอดถอนหรือยกเลิกกฎเกณฑ์การแข่งขัน⁸⁵ โดยคำร้องขอให้พิจารณา (applications) เมื่อได้รับการรับรองแล้ว (recognition) ก็ไม่จำเป็นต้องตีพิมพ์อีกและถือว่าคำร้องขอนั้นเป็นการเผยแพร่ให้สาธารณชนทราบแล้วว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวได้รับการรับรอง⁸⁶

ค. อำนาจในการสืบสวนสอบสวน

FCO มีอำนาจในการสืบสวนสอบสวนอันเป็นกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้ภายใต้ มาตรา 57 ถึง มาตรา 59 แห่ง GWB โดยอาจทำการร้องขอข้อมูลจากผู้ประกอบธุรกิจ สืบหาเอกสารทางธุรกิจ และเมื่อได้รับคำสั่งจากศาลแล้วก็สามารถค้นสถานประกอบการและยึดพยานหลักฐานไว้ได้ และหากพบว่ามีกรกระทำ cartel ก็มีอำนาจสั่งปรับผู้กระทำผิดได้⁸⁷ อย่างไรก็ตาม การสืบสวนสอบสวนในการกระทำที่อาจเป็นความผิดตาม

⁷⁸ มาตรา 25 แห่ง GWB

⁷⁹ มาตรา 26 (1) แห่ง GWB

⁸⁰ มาตรา 1 ห้ามผู้ประกอบการทำการให้คำแนะนำ (recommendations) เพื่อให้ปฏิบัติในแนวทางเดียวกัน อันมีวัตถุประสงค์หรือก่อให้เกิดผลอันต้องห้ามโดยกฎหมาย

⁸¹ มาตรา 26 (2) แห่ง GWB

⁸² มาตรา 26 (3) แห่ง GWB

⁸³ มาตรา 26 (4) แห่ง GWB

⁸⁴ มาตรา 27 (1) แห่ง GWB

⁸⁵ มาตรา 27 (2) แห่ง GWB

⁸⁶ มาตรา 27 (4) แห่ง GWB

GWB มักเริ่มอย่างไม่เป็นทางการ⁸⁸

กฎหมายให้อำนาจแก่ FCO ในการกระทำการสืบสวนสอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานที่จำเป็น⁸⁹ และนำบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในเรื่องการตรวจสอบพยานหลักฐาน (taking of evidence by inspection) การไต่สวนพยานและผู้เชี่ยวชาญ (testimony of witnesses and experts) จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมันมาใช้โดยอนุโลม⁹⁰ และ FCO อาจร้องขอต่อศาล (Local Court) ให้ออกหนังสือยืนยันข้อเท็จจริง (oath) แก่พยานเมื่อเห็นว่าจำเป็นที่จะต้องใช้เพื่อให้การสืบสวนได้มาซึ่งความจริง (necessary to obtain truthful testimony) โดยศาลจะใช้ดุลพินิจในการพิจารณาเพื่อออกหนังสือดังกล่าว⁹¹

FCO สามารถยึดวัตถุใดๆซึ่งอาจเป็นหลักฐานที่สำคัญในการสืบสวนสอบสวน และบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการยึดทรัพย์นี้จะได้รับการแจ้งเหตุผลโดยไม่ชักช้า⁹² โดยภายใน 3 วัน FCO จะต้องขอความยินยอมจากศาล (judicial confirmation by the Local Court) ในเขตที่ทรัพย์ตั้งอยู่ ในกรณีที่ผู้ซึ่งได้รับผลกระทบหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับทางกฎหมาย (any relative of legal age) มิได้อยู่ในขณะที่ยึดทรัพย์ หรือหากผู้ซึ่งได้รับผลกระทบหรือในกรณีที่มิได้อยู่ ผู้ซึ่งเกี่ยวข้องกับทางกฎหมาย (a relative of legal age) ได้แสดงการคัดค้านการยึดทรัพย์อย่างชัดแจ้ง⁹³ โดยบุคคลที่ได้รับผลกระทบสามารถร้องขอให้ศาลที่อยู่ในเขตอำนาจทำการตรวจสอบการยึดทรัพย์ได้ตลอดเวลา⁹⁴ และคู่กรณีสามารถอุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลได้⁹⁵

อำนาจสำคัญที่จำเป็นในการสืบสวนสอบสวนของ FCO ประการต่อไป คือ อำนาจในการเรียกร้องข้อมูล (requests for information) โดยในการปฏิบัติภารกิจภายใต้ GWB เจ้าพนักงานสามารถเรียกข้อมูลเกี่ยวกับสถานะทางธุรกิจและเอกสารที่เกี่ยวข้องจากผู้ประกอบธุรกิจ (undertakings)⁹⁶ ได้ และทำการสืบสวนและตรวจสอบข้อมูลทางธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจ ณ สถานที่ประกอบธุรกิจ (premises) ในระหว่างเวลาทำงานปกติ รวมถึงการเรียกข้อมูลจากสมาคมการค้าและอุตสาหกรรม (trade and industry associations) และองค์กรวิชาชีพ (professional organizations) เกี่ยวกับกฎเกณฑ์ที่ใช้กันในองค์กร (by-laws) การพิจารณา

⁸⁷ The Tasks of the Bundeskartellamt – an overview. Provided by Federal Cartel Office, p. 6.

⁸⁸ Norbert Horn, Hein Kötz, and Hans G. Leser. translated by Tony Weir. German Private and Commercial Law: An Introduction, p. 307.

⁸⁹ มาตรา 57 (1) แห่ง GWB

⁹⁰ มาตรา 57 (2) แห่ง GWB

⁹¹ มาตรา 57 (6) แห่ง GWB

⁹² มาตรา 58 (1) แห่ง GWB

⁹³ มาตรา 58 (2) แห่ง GWB

⁹⁴ มาตรา 58 (3) แห่ง GWB

⁹⁵ มาตรา 58 (4) แห่ง GWB

⁹⁶ รวมถึงสมาคมผู้ประกอบการ (associations of undertakings) ด้วย

ตัดสินใจ (decisions) และจำนวนและชื่อของสมาชิกที่ได้รับผลกระทบในการตัดสินใจขององค์กร⁹⁷ โดยในระหว่างปฏิบัติการเจ้าของหรือกรรมการขององค์กรธุรกิจจะต้องให้เอกสารที่ร้องขอและยอมให้ทำการตรวจสอบ โดยพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องรอจนกระทั่งทนายของบริษัทมาถึง แต่เจ้าของหรือกรรมการไม่จำเป็นต้องยอมรับข้อเท็จจริงใด (make any statements) ที่เกี่ยวข้องกับการสืบสวนสอบสวน และในการคั่นนี้จะต้องมีคำสั่งศาล⁹⁸ แต่การปฏิเสธที่จะให้เอกสารใดๆจะถือเป็นเหตุให้สงสัยว่ามีการทำลายเอกสารสำหรับในกรณี FCO มีอำนาจในการคั่นในทันทีโดยปราศจากคำสั่งศาล ส่วนเอกสารที่ได้มานั้นอาจยึดไว้ได้⁹⁹ ส่วนวิธีการขอข้อมูล (requests for information) และการตรวจสอบหลักฐาน (examinations) FCO จะต้องกระทำโดยการลงมติเป็นคำสั่ง (decision) ในขณะที่การใช้อำนาจในส่วนนี้โดยกระทรวงเศรษฐกิจแห่งสหพันธรัฐหรือสำนักงานคาร์เทลแห่งรัฐ (supreme Land authority) นั้นกระทำโดยการออกคำสั่งเป็นหนังสือเป็นรายบุคคล (written individual order)¹⁰⁰

นอกจากการประกาศก่อนทำการควบกิจการซึ่งจะได้กล่าวต่อไป กฎหมายยังให้โอกาสแก่ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งจะทำความตกลง cartel ประเภทที่จัดอยู่ในมาตรา 2 ถึง มาตรา 4 (1) แจ้งต่อ FCO เพื่อให้อนุญาตการทำ cartel ดังกล่าว โดยถือเป็นข้อยกเว้นจากการห้ามทำ cartel ตามมาตรา 1 ได้¹⁰¹

1) การประกาศก่อนการควบกิจการ

การควบกิจการ (merger) ที่เข้าเงื่อนไขต้องถูกควบคุมตามกฎหมายจะต้องทำการแจ้งต่อ FCO เพื่อขออนุญาตก่อนดำเนินการ¹⁰² โดยกฎหมายได้กำหนดธุรกรรมที่มีลักษณะถือเป็นการควบกิจการภายใต้ GWB ไว้ในมาตรา 37 (1)¹⁰³

โดยเมื่อ FCO ได้รับแจ้ง (notification) ถึงการควบกิจการ แผนก (Decision Division) ซึ่งทำหน้าที่พิจารณาในขอบเขตของธุรกิจดังกล่าวจะมีเวลาไม่เกิน 4 เดือนในการพิจารณาโดยทางแผนกจะต้องส่งหนังสือตอบรับการแจ้งขอควบกิจการกลับไปภายใน 1 เดือนด้วย จึงจะมีเวลาพิจารณาเต็ม 4 เดือนดังกล่าว หนังสือดังกล่าวเรียก one-month letter ซึ่งเป็นการแจ้งต่อผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องว่าทางแผนกได้เริ่มทำการตรวจสอบ (examination) การควบกิจการ (concentration) แล้ว และการสอบสวนนี้ (main examination

⁹⁷ มาตรา 59 (1) แห่ง GWB

⁹⁸ มาตรา 59 (4) แห่ง GWB

⁹⁹ Strobl, Killius & Vorbrugg. Business Law Guide to Germany. 2nd ed. (United Kingdom: CCH Editions, 1988), p. 317.

¹⁰⁰ มาตรา 59 (6) และ (7) แห่ง GWB

¹⁰¹ รายละเอียดดู มาตรา 9 แห่ง GWB

¹⁰² มาตรา 39 แห่ง GWB

¹⁰³ The Tasks of the Bundeskartellamt – an overview. Provided by Federal Cartel Office, p. 10.

proceedings) จะกระทำเมื่อมีเหตุจำเป็นต้องขยายการตรวจสอบการควบกิจการออกไป ในขั้นตอนนี้ FCO จะทำการวินิจฉัยในรูปแบบคำตัดสินอย่างเป็นทางการ (formal decision) ไม่ว่าจะการควบกิจการนั้นจะได้รับยกเว้นหรือต้องห้ามกระทำก็ตาม และการยกเว้นอาจให้โดยมีเงื่อนไขและภาระหน้าที่ก็ได้¹⁰⁴

ก่อนที่จะมีคำสั่งห้ามควบกิจการ FCO จะให้โอกาสแก่ผู้ประกอบการเพื่อแสดงความคิดเห็น ทางแผนกจะแจ้งข้อมูลทั้งหมดเกี่ยวกับเหตุผลที่การควบกิจการนั้นต้องห้ามเพื่อให้ผู้ประกอบการสามารถนำไปโต้แย้งได้ โดยผู้ประกอบการมีสิทธิอุทธรณ์คำตัดสินของ FCO ไปยัง Higher Regional Court ใน Düsseldorf และศาลจะพิจารณานบนพื้นฐานของหลักการแข่งขันทางการค้า (competition grounds) เท่านั้น ซึ่งหากคู่กรณียังข้องใจในประเด็นทางกฎหมายก็สามารถอุทธรณ์สู่ศาลสูงสุด (Federal Supreme Court) เพื่อโต้แย้งคำตัดสินของศาลล่างได้¹⁰⁵

ในช่วงระยะเวลากว่า 20 ปีที่ผ่านมาของการพิจารณาวินิจฉัยประเด็นการควบกิจการ FCO ได้ออกคำสั่งห้ามการควบกิจการไปจำนวนประมาณ 100 ราย และบางส่วนเป็นผลของคำตัดสินจากศาล ซึ่งทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีความโปร่งใสในสายตาของภาคธุรกิจ แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติผู้ประกอบการมักเลือกที่จะไม่นำการควบกิจการที่เห็นได้ชัดเจนว่ามีผลเป็นการสร้างอำนาจตลาดขึ้นให้ FCO พิจารณา แต่ผู้ประกอบการจะใช้วิธีการปรึกษาข้อสงสัยดังกล่าวต่อ FCO ก่อนที่จะทำการแจ้งถึงการควบกิจการต่อ FCO ผลคือ ในหลายกรณีเมื่อผู้ประกอบการเห็นว่าแผนการควบกิจการอาจก่อให้เกิดประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าในทัศนะของ FCO ก็มักจะยกเลิกไปในขั้นต้นนี้ กรณีเช่นนี้เรียกว่าเป็นคดีในขั้นตอนก่อนการแจ้งต่อ FCO (pre-notification stage cases)¹⁰⁶ ซึ่งมีจำนวนค่อนข้างสูงเมื่อเทียบกับกรณีรายที่ถูกคำสั่งห้าม¹⁰⁷

แต่ทั้งนี้ FCO ไม่มีอำนาจในการแยกหน่วยธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดได้ด้วยเหตุผลทางนโยบายที่ต้องการรักษาการเติบโตของเศรษฐกิจภายในประเทศ¹⁰⁸

ง. อำนาจในการใช้ดุลพินิจในบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นภายใต้กฎหมาย

เป็นอำนาจตามมาตรา 10 ซึ่งบรรดาข้อยกเว้นต่างๆ ได้ถูกระบุไว้ค่อนข้างชัดเป็นกรณีไปตั้งแต่มาตรา 5 ถึง มาตรา 8 แต่ก็เปิดโอกาสให้ FCO ได้ใช้ดุลพินิจอยู่พอสมควร และยังมีกรณีตามมาตรา 8 (1) ที่กฎหมายให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเศรษฐกิจในการอนุญาตให้มีการกระทำความตกลง (agreement) ที่ขัดต่อ

¹⁰⁴ Ibid., p. 11.

¹⁰⁵ Ibid., p. 11.

¹⁰⁶ Ibid. p. 13.

¹⁰⁷ ในปี ค.ศ. 1997 จากการพิจารณาทั้งหมด 1,751 ราย มี 6 รายที่ถูกห้าม และมี 10 รายที่เลิกไปเพราะได้รับสัตยาบันจาก FCO ส่วนในปี ค.ศ. 1998 มีการพิจารณาทั้งหมด 1,888 ราย และมี 6 รายที่ต้องห้ามตามกฎหมาย โดยมี 14 รายที่เลิกไปในขั้นตอนก่อนการแจ้ง

¹⁰⁸ The Tasks of the Bundeskartellamt – an overview. Provided by Federal Cartel Office, p. 14.

กฎหมาย และไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 5 ถึง มาตรา 7 แต่มีเหตุผลความจำเป็นที่ต้องทำการอันเป็นการจำกัด การแข่งขัน (restraint of competition) เนื่องจากเกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจโดยรวมและประโยชน์ของสาธารณะ

ตั้งแต่ GWB มีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1958 มีการยื่นขออนุญาตทำ cartel ต่อ FCO เป็นจำนวนถึง 780 รายโดยประมาณ ในปัจจุบันยังคงมี cartel ที่ชอบกฎหมายอยู่จำนวนประมาณ 340 ราย และมีอยู่ประมาณ 110 รายที่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของสำนักงานคาร์เทลแห่งรัฐ และโดยประมาณ 180 รายที่เป็นการทำความตกลงร่วมกันระหว่างธุรกิจ SMEs ภายใต้มาตรา 4 แห่ง GWB¹⁰⁹

จ. อำนาจกึ่งตุลาการ

ลักษณะโดยธรรมชาติของทั้งกระบวนการบริหารทั่วไปและการกำหนดค่าปรับนั้นเป็นการใช้อำนาจกึ่ง ตุลาการ (quasi-judicial) องค์กรที่บังคับใช้กฎหมายมีดุลพินิจการใช้อำนาจอย่างกว้างขวางในการเริ่ม ดำเนินการ และมีบทบาทหน้าที่ทั้งในการดำเนินคดีและการตัดสินอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยก่อนที่จะทำการใดๆ FCO สามารถใช้อำนาจในการสืบสวนสอบสวน (investigations) และเรียกให้เปิดเผยข้อมูลที่ต้องการได้ โดย FCO มิได้อยู่ในสถานะผู้พิพากษาที่เป็นกลางในคดีที่พิจารณาแต่จะทำการรวบรวมข้อมูลที่น่าไปสู่กระบวนการ พิจารณามากกว่า¹¹⁰

อนึ่ง แม้ว่า FCO จะอยู่ภายใต้ความดูแลของกระทรวงเศรษฐกิจแห่งสหพันธ์รัฐ แต่โดยทั่วไปก็เป็นที่ยอมรับกันว่าในกระบวนการทำคำตัดสินของ FCO ทางกระทรวงเศรษฐกิจจะไม่เข้ามาเกี่ยวข้องการพิจารณาคดี ที่ดำเนินอยู่¹¹¹

(3) กระบวนการบังคับใช้กฎหมาย

ก. การบังคับใช้กฎหมายโดยศาล

นอกจากอำนาจในการทบทวนคำตัดสินของ FCO ซึ่งเป็นคำสั่งขององค์กรทางปกครองแล้ว ศาลยังมี อำนาจในการออกคำสั่งเพื่อให้การค้นและยึดทรัพย์สินของเจ้าพนักงานเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย การอนุญาต ให้ทำการพิจารณากำหนดค่าปรับใหม่ (reopening) ตามมาตรา 85 รวมถึงการออกคำสั่งชั่วคราวในกรณีต่างๆ ด้วย

¹⁰⁹ Ibid., p. 8.

¹¹⁰ John O. Haley. Antitrust in Germany and Japan: the first fifty years, 1947 – 1998, pp. 110 - 111.

¹¹¹ Norbert Horn, Hein Kötz, and Hans G. Leser. translated by Tony Weir. German Private and Commercial Law: An Introduction, p. 307.

ข. การใช้กระบวนการทางปกครอง

ใน GWB ได้วางโครงสร้างของกระบวนการบังคับใช้กฎหมายแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ประเภทแรก คือ กระบวนการบริหารกฎหมาย (formal administrative proceedings) ซึ่งมีบัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 54 ถึงมาตรา 80 บทบัญญัติเหล่านี้จะนำมาปรับใช้กับการปฏิบัติการ (formal actions) ของ FCO และสำนักงานคาร์เทลแห่งรัฐ (แต่ไม่รวมถึงกระบวนการปรับที่มีอยู่ในมาตรา 81 ถึงมาตรา 86) ดังนั้นบทบัญญัติในส่วนนี้จึงครอบคลุมการวินิจฉัย (decisions) ทั้งหมดที่เกี่ยวกับการอนุญาต (approval) หรือการปฏิเสธ (denial) การให้ยกเว้นทำ cartel และควบกิจการ และรวมถึงการให้อนุญาตในกรณีอื่นๆ ด้วย และบทบัญญัติเรื่องการบริหารนี้ยังนำไปใช้กับการพิจารณาความตกลง (agreements) และพฤติกรรม (conduct) อื่นๆ ที่เข้าข่ายอยู่ใน GWB ไม่ว่าจะอยู่ภายใต้บทบัญญัติเฉพาะ เช่น การประกาศว่าใบอนุญาตให้สิทธิทางอุตสาหกรรม (industrial property license) สิ้นผล (ineffective) ภายใต้มาตรา 17 และมาตรา 18 หรือการให้อนุญาตในกรณีทั่วไปเพื่อออกคำสั่งห้ามกระทำกรภายใต้มาตรา 32¹¹² เป็นต้น¹¹³

การใช้อำนาจประเภทที่สอง คือ กระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการปรับภายใต้มาตรา 81 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดความผิดทางปกครอง (administrative offenses) ใน GWB บทบัญญัติตั้งแต่มาตรา 81 ถึงมาตรา 86 จะนำมาใช้กับกระบวนการกำหนดค่าปรับดังกล่าว แต่ไม่ได้กำหนดวิธีการโดยละเอียด โดยจะต้องนำกฎหมายกลางที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางปกครอง (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten: OWiG) มาปรับใช้ โดยเฉพาะตั้งแต่มาตรา 38 ถึงมาตรา 47¹¹⁴

ก่อนถึงปี ค.ศ. 1973 การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นความผิดซึ่งจำเลยจะทำการโต้แย้ง¹¹⁵ ได้ตาม GWB จะกระทำได้ก็แต่เพียงผ่านบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการปรับเท่านั้น โดยไม่สามารถใช้กับกระบวนการพิจารณาทั่วไปได้ (ordinary administrative proceedings) ซึ่งทำให้เกิดการนำวิธีการออกคำสั่งห้ามกระทำกร (special administrative prohibition order) มาใช้¹¹⁶ เพื่อเป็นการยืดหยุ่นวิธีการใช้อำนาจมาก

¹¹² กระบวนการบริหาร (administrative proceedings) มักใช้แทนที่โดยคำว่าปฏิบัติการ (formal actions) การกระทำที่อยู่ภายใต้กระบวนการบริหาร คือ การอนุญาตทำ cartel ตามมาตรา 2 ถึงมาตรา 4 (1) และมาตรา 5 ถึงมาตรา 8 การอนุญาตให้ทำสัญญาให้ใช้สิทธิ (Licence Agreements) ตามมาตรา 17 (3) และมาตรา 18 การอนุญาตหรือปฏิเสธการออกคำแนะนำ (recommendations and non-binding price recommendations) ตามมาตรา 22 (4) และ (6) และมาตรา 23 (3) การรับหรือไม่รับจดทะเบียน (registration or deregistration) กฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้าตามมาตรา 24 (3) การดำเนินการเกี่ยวกับการควบคุมพฤติกรรมการใช้อำนาจตลาดเกินขอบเขตตามมาตรา 19 ถึงมาตรา 21 การออกคำสั่งห้ามกระทำกร (prohibition) ตามมาตรา 32 และการออกคำสั่งให้ชำระค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเพิ่มเติม (skimming-off additional proceeds) ตามมาตรา 34 (1) รวมถึงการให้อนุญาตกรณีควบกิจการตามมาตรา 40 (2) และมาตรา 41 (2)

¹¹³ John O. Haley. *Antitrust in Germany and Japan: the first fifty years, 1947 – 1998*, p. 110.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 110.

¹¹⁵ เช่น ได้แย้งว่าเป็นการกระทำที่ขาดเจตนา (willful) หรือประมาทเลินเล่อ (negligent)

ขึ้น แต่ก็มีการใช้อำนาจในส่วนนี้ค่อนข้างน้อย เมื่อเปรียบเทียบกับ JFTC ของประเทศญี่ปุ่นที่มีทางเลือกในการใช้อำนาจค่อนข้างมาก กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นที่ทำตามแนวทางของกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้อำนาจแก่ JFTC ในการใช้วิธีการเยียวยาตามกฎหมายที่เหมาะสมตามแต่กรณีโดยไม่จำเป็นต้องใช้มาตรการบังคับ (sanction) เสมอไป แม้ว่าบทบัญญัติจะมีได้กล่าวไว้หรือมีการใช้อำนาจเช่นว่าอย่างกว้างขวางเหมือนในประเทศสหรัฐอเมริกา¹¹⁷

อำนาจในการบริหารและบังคับใช้กฎหมายประการสุดท้ายอยู่ในมาตรา 87 ถึงมาตรา 90 อันเป็นการฟ้องคดีของเอกชน (private civil actions) ซึ่งรวมถึงการฟ้องคดีของเอกชนภายใต้มาตรา 33 เพื่อเรียกร้องค่าเสียหาย (damages) หรือคำสั่งเพื่อเยียวยาความเสียหาย (injunctive relief) และการฟ้องคดีแพ่งอื่นๆที่กระทำภายใต้ GWB เช่น การรับสมาชิก (admission) ของสมาคมการค้าหรือวิชาชีพตามมาตรา 20 (6)¹¹⁸

ใน GWB มีบทบัญญัติในส่วนของการบริหารและบังคับใช้กฎหมาย (Proceedings before the cartel authorities) เกือบจะกึ่งหนึ่งของบทบัญญัติทั้งหมด โดยสรุปการขยายขอบเขตของกฎหมายในส่วนนี้กระทำโดยการอธิบายข้อเท็จจริงผ่านกฎเกณฑ์มากมายในการดำเนินการตามกฎหมาย ซึ่งมี กระบวนการทางปกครอง (administrative proceedings) การปรับ (the proceedings concerning administrative fines) และบทบัญญัติพิเศษในส่วนของการฟ้องคดีของเอกชน (special provisions for civil actions)¹¹⁹

FCO อาจตัดสินใจดำเนินการโดยดุลพินิจขององค์กรเอง (ex officio) หรือโดยคำร้องเรียน (upon application) และหากมีการร้องขอ FCO สามารถใช้ดุลพินิจตามสมควรเพื่อคุ้มครองผู้ร้องได้¹²⁰ การพิจารณาคดีของ FCO เป็นระบบเปิด คือ กระทำการพิจารณาต่อหน้าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องซึ่งกฎหมายได้จำกัดไว้ 4 ประเภท¹²¹ ซึ่ง FCO สามารถเข้ามาเป็นคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาที่อยู่ในเขตอำนาจของเจ้าพนักงานคาร์เทลแห่งรัฐ (supreme Land authorities) ได้¹²² และกฎหมายได้ให้โอกาสคู่กรณีในการเสนอความเห็นในคดีและเมื่อคู่กรณีร้องขอ FCO จะเรียกคู่กรณีเข้ามาในกระบวนการพิจารณาด้วย¹²³ โดยกรณีให้เห็นสมควร ในการให้โอกาสเสนอความเห็น FCO จะแสดงให้เห็นถึงวงจรธุรกิจที่ได้รับผลกระทบ¹²⁴ ในกรณีการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม (abuse of a dominant position)¹²⁵ FCO อาจทำการตัดสินใจโดยพิจารณาจากการทำประชาพิจารณ์ (on

¹¹⁶ ดู มาตรา 32 แห่ง GWB

¹¹⁷ John O. Haley. Antitrust in Germany and Japan: the first fifty years, 1947 – 1998, p. 110.

¹¹⁸ Ibid., p. 110.

¹¹⁹ Dietrich Hoffmann. The German competition law: legislation and commentary, p. 173.

¹²⁰ มาตรา 54 (1) แห่ง GWB

¹²¹ มาตรา 54 (2) แห่ง GWB

¹²² มาตรา 51 (3) แห่ง GWB

¹²³ มาตรา 56 (1) แห่ง GWB

¹²⁴ มาตรา 56 (2) แห่ง GWB

the basis of a public hearing) ตามความยินยอมของคู่กรณี คำตัดสินอาจกระทำโดยไม่ต้องมีกระบวนการพิจารณา (hearing) เลยก็ได้ และหากมีการร้องขอจากคู่กรณีหรือ FCO เห็นควร การดำเนินการพิจารณาอาจกระทำโดยไม่เปิดเผยต่อสาธารณะหรือเปิดเผยเฉพาะฝ่ายที่เกี่ยวข้องในกรณีที่การพิจารณา (public order) อาจมีผลเสียหายต่อความมั่นคงแห่งชาติ หรือธุรกิจที่มีความสำคัญ หรือความลับในการดำเนินงาน¹²⁶

ในระหว่างการพิจารณา FCO อาจออกคำสั่งเบื้องต้น (preliminary injunctions) เพื่อควบคุมสถานการณ์เป็นการชั่วคราวจนกว่าคดีจะมีคำตัดสินที่สุด (final decision) ออกมาได้ โดยมีขอบเขตซึ่งกฎหมายกำหนด เช่น เรื่องเกี่ยวกับการยกเว้นการทำ cartel ตามมาตรา 5 ถึงมาตรา 8 และการพิจารณาให้อนุญาตรวมกิจการของกระทรวงเศรษฐกิจแห่งสหพันธรัฐ ตามมาตรา 42 (1) เป็นต้น¹²⁷

เมื่อเสร็จสิ้นกระบวนการพิจารณา และ FCO มีคำตัดสิน (decision) ออกมาบังคับแก่คู่กรณีนั้นกฎหมายกำหนดให้คำตัดสินต้องประกอบไปด้วยการแสดงผลแห่งคำวินิจฉัยและการให้คำแนะนำในวิธีการเยียวยา ตามกฎหมายแก่คู่กรณีตามบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีการทางปกครอง และในกรณีคำตัดสินต่อผู้ประกอบการธุรกิจที่มีที่อยู่จดทะเบียนนอกอาณาเขตการบังคับใช้กฎหมาย FCO จะออกคำตัดสินต่อผู้ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจเสนอชื่อมาเพื่อรับคำตัดสินไปดำเนินการ (accept service) แต่หากผู้ประกอบการธุรกิจมิได้เสนอชื่อบุคคลใด FCO ก็จะไม่ประกาศคำตัดสินนั้นลงในราชกิจจานุเบกษา (Federal Gazette)¹²⁸ โดยหากมิได้ทำการตัดสินต่อคู่กรณีตามวิธีที่กล่าวไป FCO จะทำการแจ้งไปยังคู่กรณีเป็นหนังสือถึงกระบวนการพิจารณาที่เสร็จสิ้นแล้ว¹²⁹ และสำหรับคำตัดสินในเรื่องที่มีผลกระทบต่อสาธารณชน เช่น การปฏิเสธหรือการยอมให้กระทำ cartel ตามมาตรา 5 ถึงมาตรา 8 หรือการอนุญาตให้ใช้กฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้า (recognition of a competition rule) FCO จะตีพิมพ์เผยแพร่ในราชกิจจานุเบกษา (Federal Gazette) โดยหากคำตัดสินนั้นกระทำโดยสำนักงานคาร์เทิลแห่งรัฐ (supreme Land authority) ก็ให้ลงในประกาศทางราชการของรัฐ (an official gazette of the Land) นั้นๆ¹³⁰

การปฏิบัติของประเทศเยอรมันได้ดำเนินรอยตามแบบอย่างของประเทศญี่ปุ่นในบางส่วนในการเลือกใช้แก้ไขปัญหาการผูกขาดและข้อพิพาทอื่นๆ ก่อนที่จะมีการเริ่มกระบวนการอย่างเป็นทางการ (formal process) ในความเป็นจริงที่พบในสถิติ คดีส่วนใหญ่ที่นั่นยุติโดยความตกลงโดยมิได้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาจนเป็นคำตัดสิน (formal decision) ออกมา ส่วนมากคดีที่เกิดภายใต้ขอบเขตของ GWB และดำเนินการโดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะมีการเริ่มกระบวนการ (formal commencement of a proceeding) ในแง่ที่เอกสาร

¹²⁵ ดู มาตรา 19 แห่ง GWB

¹²⁶ มาตรา 56 (3) แห่ง GWB

¹²⁷ มาตรา 60 แห่ง GWB

¹²⁸ มาตรา 61 (1) แห่ง GWB

¹²⁹ มาตรา 61 (2) แห่ง GWB

¹³⁰ มาตรา 62 แห่ง GWB

ได้ถูกรวบรวมและจัดเก็บข้อมูลเป็นสถิติเป็นอย่างน้อย โดยในระหว่างกระบวนการสืบสวนสอบสวนคู่กรณีจะมีโอกาสในการเจรจาเพื่อยุติคดี องค์การบังคับใช้กฎหมายของประเทศเยอรมันได้พยายามใช้วิธีการที่ไม่เป็นทางการเพื่อยุติคดีโดยสมัครใจไม่น้อยกว่าประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ FCO ไม่เพียงแต่ให้ความเห็นและคำแนะนำ แต่ยังใช้วิธีการขู่ว่าจะดำเนินการตามกระบวนการปกติอีกด้วย¹³¹

1) การออกคำสั่ง

คำสั่งของเจ้าพนักงานคาร์เทล (order of the cartel authorities) เป็นการกระทำในทางบริหาร เว้นแต่จะเกี่ยวกับค่าปรับในทางปกครอง (administrative fines) ด้วย โดยแบ่งแยกคำสั่งของเจ้าพนักงานคาร์เทลได้เป็น 2 จำพวก ประการแรก คือ คำสั่งที่เข้าไปแทรกแซงโดยสร้างผลทางกฎหมายใหม่ (new legal effect) ขึ้น และคำสั่งที่เป็นเพียงการกำหนดสถานะทางกฎหมาย (stating a given legal situation) โดยคำสั่งที่เป็นการแทรกแซง (intervening orders) นี้มีตัวอย่างเช่น การอนุญาตหรือปฏิเสธให้ทำ cartel และการตัดสินว่าข้อตกลงถือเป็นโมฆะหรือต้องทำการแก้ไขข้อตกลงเสียใหม่ภายใต้กฎเกณฑ์การควบคุมการกระทำเกินอำนาจ หรือการควักกิจการอันต้องห้ามโดยกฎหมาย อย่างไรก็ตามในบางกรณีอาจเป็นเพียงคำสั่งที่กำหนดสถานะทางกฎหมายต่อคู่กรณี เช่น คำสั่งห้ามกระทำตามข้อตกลงที่เป็นโมฆะ หรืออาจเป็นคำสั่งห้ามพฤติกรรมอันฝ่าฝืนกฎหมาย เช่น รวมหัวกันปฏิเสธในการทำข้อตกลงทางธุรกิจ หรือการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติในตนเองเดียวกัน¹³²

ส่วนประการที่สอง คือ คำสั่งซึ่งมีผลแน่นอนทางกฎหมาย โดยคำสั่งประเภทนี้มีรูปแบบไม่แตกต่างจากคำสั่งแทรกแซงคดี ในกรณีที่ทราบผลทางกฎหมายและทำเป็นคำสั่งออกไป เจ้าพนักงานมีอำนาจที่จะกำหนดค่าปรับ หรือแทนที่จะใช้วิธีการปรับเจ้าพนักงานอาจใช้กระบวนการที่เรียกว่า objective proceeding อันเป็นกระบวนการที่มีประโยชน์มากเมื่อมีความผิดเกิดขึ้น กล่าวคือ ในกรณีเมื่อเจตนาของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องไม่อาจพิสูจน์ได้ หรือหากการดำเนินการจะนำไปสู่การตัดสินที่มีผลตรงกันข้ามในทางกฎหมาย (decision of a controversial legal question) โดยในเบื้องต้นกระบวนการนี้จะให้อำนาจเจ้าพนักงานคาร์เทลที่จะกำหนดค่าปรับเพื่อที่จะเอาผิดแก่ผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้า¹³³

หลังจากการแก้ไขในปี ค.ศ. 1998 FCO มีอำนาจในการออกคำสั่งระงับพฤติกรรมอันเป็นความผิดได้โดยตรง และทำการปรับปรุงแก้ไขความตกลงและคำตัดสิน รวมถึงออกคำสั่งห้ามเป็นการเฉพาะ¹³⁴ และอีกบทบัญญัติหนึ่งที่มีความน่าสนใจมากคือ มาตรา 32 ซึ่งเพิ่มเข้ามาในปี ค.ศ. 1973 ที่ให้อำนาจองค์กรในการออกคำสั่งห้ามทำความตกลงอันมิชอบกฎหมาย¹³⁵ และมีขอบเขตจำกัดอยู่เพียงการห้ามกระทำการ (prohibit)

¹³¹ John O. Haley. Antitrust in Germany and Japan: the first fifty years, 1947 – 1998, p. 111.

¹³² Dietrich Hoffmann. The German competition law: legislation and commentary, p. 174.

¹³³ Ibid., p. 174.

¹³⁴ มาตรา 12 แห่ง GWB

¹³⁵ John O. Haley. Antitrust in Germany and Japan: the first fifty years, 1947 – 1998, p. 98.

ในทางทฤษฎี FCO ไม่มีอำนาจในการออกคำสั่งให้กระทำการใด (any positive action) และการห้ามกระทำจะใช้เฉพาะต่อพฤติกรรมที่เป็นความผิดเท่านั้น แต่ก็เป็นทฤษฎีที่ไม่ค่อยมีความหมายนักในทางปฏิบัติ FCO สามารถออกคำสั่งให้กระทำการต่อฝ่ายจำเลยได้ ตัวอย่างเช่น มีคดีหนึ่งที่เจ้าพนักงานคาร์เทลสามารถกำหนดการลดราคาภายใต้อำนาจมาตรา 1 โดยวิธีการห้ามตั้งราคาสูงกว่าที่กำหนด เป็นต้น แต่ก็มีกรออกคำสั่งลักษณะนี้เพียง 10 ถึง 20 คดี ในแต่ละปี โดยส่วนใหญ่แล้วจะเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมเลือกปฏิบัติในตลาด (discriminatory market practices) ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 20 แห่ง GWB¹³⁶

2) กระบวนการลงโทษปรับทางปกครอง (Proceedings Concerning Administrative Fines)

ก) คำนิยามของ “ค่าปรับ”

ในประเทศเยอรมัน การฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดและคำสั่งของ FCO ไม่มีความผิดทางอาญา แต่มีความผิดทางปกครอง¹³⁷ ซึ่งอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 38 และ 39 แห่งพระราชบัญญัติความผิดทางปกครอง (the Administrative Offences Act) โดยโทษสำหรับความผิดในทางปกครอง คือ ค่าปรับ ในกระบวนการบริหารเพื่อป้องกันการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย เจ้าพนักงานมีอำนาจในการเปรียบเทียบปรับ (รายละเอียดอยู่ในมาตรา 81 แห่ง GWB)¹³⁸

ข) กระบวนการลงโทษปรับ

กระบวนการลงโทษปรับสำหรับความผิดมิได้มีบทบัญญัติไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศเยอรมัน แต่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติความผิดทางปกครอง (the Administrative Offences Act) เจ้าพนักงานคาร์เทลจะต้องอาศัยบทกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ตนตามกฎหมายฉบับนี้ในการลงโทษปรับ แต่ในส่วนที่มีบทบัญญัติซ้ำในเรื่องเดียวกันและในเรื่องหลักเกณฑ์ในการอุทธรณ์ให้ถือตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด¹³⁹

ด้วยเหตุที่ไม่ใช่การดำเนินคดีความผิดทางอาญา จึงไม่เป็นการบังคับโดยกฎหมายให้ต้องดำเนินคดีที่เป็นความผิดทางปกครอง (มาตรา 47 แห่ง the Administrative Offences Act) เพราะฉะนั้น FCO มีดุลพินิจในการตัดสินใจว่าจะทำการลงโทษปรับแก่ผู้กระทำความผิดหรือไม่ และค่าปรับนี้จะถูกกำหนดโดย FCO โดยในกระบวนการลงโทษปรับทางปกครอง ระหว่างทำการสืบสวนสอบสวน FCO ไม่มีอำนาจกระทำการเรียกและรับฟังพยานหลักฐาน เว้นแต่มีคำสั่งศาล¹⁴⁰

¹³⁶ Ibid., p. 99.

¹³⁷ เว้นแต่ กรณีการฮั้วประมูล (bid-rigging) ซึ่งถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา

¹³⁸ Dietrich Hoffmann. The German competition law: legislation and commentary, p. 177.

¹³⁹ Ibid., p. 177.

¹⁴⁰ Ibid., p. 173.

ค) จำนวนของค่าปรับทางปกครอง

ค่าปรับทางปกครองอาจสูงถึง 5 แสนยูโร ในกรณีความผิดตามมาตรา 81 (1) ข้อ 1, 2, 5, 6a และ 9 โดยจำนวนเงินอาจสูงไปกว่านี้ถึงสามเท่าหากเกิดความเสียหายขึ้นอย่างต่อเนื่องจากผลแห่งการละเมิดกฎหมาย และจำนวนของความเสียหายที่เพิ่มขึ้น (amount of the additional proceeds) นั้นสามารถใช้วิธีการประเมินได้ ส่วนในกรณีอื่นๆ จะเสียค่าปรับไม่เกิน 25,000 ยูโร¹⁴¹

หากเจ้าของหรือผู้จัดการของผู้ประกอบธุรกิจกระทำการอันเข้าข่ายเป็นความผิดทางปกครอง ค่าปรับและค่าใช้จ่ายต่างๆในกระบวนการพิจารณาอาจถูกนำมากำหนดโทษปรับแก่องค์กรผู้ประกอบธุรกิจได้ ทั้งนี้บุคคลที่กระทำผิดยังคงถูกปรับตามมาตรา 30 แห่ง the Administrative Offences Act¹⁴² ในทางปฏิบัติ FCO มักจะลงโทษปรับแก่องค์กรผู้ประกอบธุรกิจเท่ากับบุคคลที่รับผิดชอบอยู่ในองค์กรนั้น¹⁴³

3) การทบทวนคำสั่งโดยศาล (Appeal to the courts)

คำตัดสินหรือคำสั่งที่เกิดจากกระบวนการพิจารณาของ FCO¹⁴⁴ ไม่ว่าจะเป็นการบริหารงานทั่วไป (formal administrative proceedings) หรือการกำหนดค่าปรับ (administrative fine proceedings) ล้วนแต่อยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบธรรมโดยองค์กรศาล (judicial review) ซึ่งจะแบ่งเป็น 2 ระดับ คือ the Higher Regional Court และ Federal Supreme Court

โดยจำเลยอาจยื่นอุทธรณ์ต่อศาลสูง (the Higher Regional Court) ใน Düsseldorf เพื่อโต้แย้งคำตัดสินของ FCO และหากยังไม่พอใจคำตัดสินในประเด็นกฎหมายก็อาจยื่นเรื่องต่อศาลสูงสุด (Federal Supreme Court) เพื่อพิจารณาได้¹⁴⁵

ศาลอุทธรณ์จะจัดตั้งแผนกพิจารณาเฉพาะ (cartel divisions) ขึ้นมา และทำหน้าที่พิจารณาประเด็นทางกฎหมายในบทบัญญัติมาตรา 57 (2) ประโยคที่ 2 มาตรา 63 (4) มาตรา 83 มาตรา 85 และมาตรา 86 และการอุทธรณ์คำพิพากษาและคำสั่งอื่นๆ ในคดีที่ฟ้องโดยเอกชนตามมาตรา 87 (1)¹⁴⁶ และในศาลสูงสุด (Federal Supreme Court) ก็มีแผนก cartel ในศาลเช่นกัน¹⁴⁷

¹⁴¹ มาตรา 81 (2) แห่ง GWB

¹⁴² หมายถึงนิติบุคคล (legal person) และห้างหุ้นส่วน (association of persons)

¹⁴³ Dietrich Hoffmann. The German competition law: legislation and commentary, p. 178.

¹⁴⁴ รวมถึงคำตัดสินของกระทรวงเศรษฐกิจแห่งสหพันธรัฐ

¹⁴⁵ The Tasks of the Bundeskartellamt – an overview. Provided by Federal Cartel Office, p. 22.

¹⁴⁶ มาตรา 91 แห่ง GWB

¹⁴⁷ มาตรา 94 แห่ง GWB

กระบวนการเยียวยาทางกฎหมายอันเหมาะสมในการโต้แย้งคำสั่งปรับในทางปกครอง คือ คำคัดค้าน (the Objection) ซึ่งจะต้องยื่นต่อศาลภายในหนึ่งสัปดาห์นับจากวันที่มีคำสั่งปรับ การพิจารณาของศาลกระทำโดยวุฒิสภาศาลฎีกาแห่งศาลอุทธรณ์ (the cartel senates of the court of appeal) อันประกอบด้วยประธานและผู้พิพากษาอีก 2 ท่าน รวมเป็น 3 คน¹⁴⁸ ในเขตความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานศาลฎีกาที่ได้กำหนดไว้¹⁴⁹ คำตัดสินอาชญากรรมได้ในประเด็นข้อกฎหมาย¹⁵⁰

แม้ว่าประเทศเยอรมันจะมีรูปแบบการตรวจสอบโดยศาลเหมือนกับประเทศญี่ปุ่น แต่มีข้อสังเกตประการหนึ่ง คือ ในขณะที่ศาลเยอรมันมีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนากฎหมายป้องกันการผูกขาด ศาลในประเทศญี่ปุ่นกลับมีบทบาทน้อยกว่ามากซึ่งจะเห็นได้จากการที่มีการอุทธรณ์ไปสู่ศาลเยอรมันในปีหนึ่งๆพอกับที่ศาลญี่ปุ่นได้ทำการตัดสินอุทธรณ์ในเวลาห้าสิบปีที่ผ่านมา¹⁵¹

(ง) สำนักงานศาลฎีกาแห่งรัฐ

นอกจาก FCO แล้ว แต่ละรัฐในประเทศเยอรมันซึ่งประกอบไปด้วย 16 รัฐ¹⁵² จะมีองค์กรที่ทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด คือ สำนักงานศาลฎีกาแห่งรัฐ (the supreme Land authority) ซึ่งรับผิดชอบต่อการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายและมีผลกระทบต่อภายในรัฐเท่านั้น แต่จะไม่มีอำนาจควบคุมการควบกิจการ¹⁵³ โดยหาก FCO เริ่มดำเนินการตามกฎหมายหรือทำการสืบสวนสอบสวน FCO จะทำการแจ้งไปพร้อมกันยังสำนักงานศาลฎีกาแห่งรัฐที่ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งถูกสงสัยได้จดทะเบียนตั้งอยู่ และหากสำนักงานศาลฎีกาแห่งรัฐเป็นฝ่ายเริ่มดำเนินการหรือสืบสวนก็จะทำการแจ้งไปยัง FCO เช่นเดียวกัน¹⁵⁴ และไม่ว่าคดีจะตกอยู่ในเขตอำนาจของฝ่ายใดระหว่าง FCO หรือสำนักงานศาลฎีกาแห่งรัฐภายใต้เงื่อนไขตามมาตรา 48 (2) ก็เป็นหน้าที่ของอีกฝ่ายหนึ่งในการให้ความช่วยเหลือ (refer a matter to) ฝ่ายที่บังคับใช้กฎหมายแก่คดี¹⁵⁵

แม้ว่าการบังคับใช้กฎหมายจะอยู่ภายใต้อำนาจของแต่ละรัฐซึ่งเป็นการแบ่งอำนาจทางการเมือง แต่ก็ยังคงถูกจำกัดทั้งทางตรงและทางอ้อมจาก FCO¹⁵⁶ รวมถึงการตรวจสอบโดยศาล (judicial review) กล่าวคือ มี

¹⁴⁸ มาตรา 83 (2) แห่ง GWB

¹⁴⁹ มาตรา 83 (1) แห่ง GWB

¹⁵⁰ Dietrich Hoffmann. The German competition law: legislation and commentary, p. 178.

¹⁵¹ John O. Haley. Antitrust in Germany and Japan: the first fifty years, 1947 – 1998, p. 132.

¹⁵² Wolfgang Heyde. Justice and the Law in the Federal Republic of Germany. (Heidelberg: C.F. Muller Juristischer Verlag, 1994), p. 7.

¹⁵³ The Tasks of the Bundeskartellamt – an overview. Provided by Federal Cartel Office, p. 3.

¹⁵⁴ มาตรา 49 (1) แห่ง GWB

¹⁵⁵ มาตรา 49 (2) แห่ง GWB

การจัดประชุมระหว่าง FCO และสำนักงานคาร์เทลทั้ง 16 รัฐบาล 2 ครั้ง และการแจ้งข้อมูลในการบังคับใช้กฎหมายแก่กันตามมาตรา 49 (1) แห่ง GWB รวมทั้งตามมาตรา 54 (3) FCO ยังสามารถเข้ามาเป็นคู่กรณีในการพิจารณาของสำนักงานคาร์เทลได้ด้วย¹⁵⁷

3.3.2.4 การบังคับใช้กฎหมายโดยเอกชน

นอกจากการบังคับใช้กฎหมายโดยเจ้าพนักงานคาร์เทลแล้วกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเยอรมันก็ได้กำหนดสิทธิของเอกชนที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติใน GWB เพื่อคุ้มครองสิทธิของเอกชน¹⁵⁸ ไว้เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 33 เรื่องความรับผิดชอบต่อค่าเสียหายและการร้องขอคำสั่งให้หยุดกระทำการ (Liability for Damages; Claims for Injunctions) ซึ่งบัญญัติไว้ ดังนี้

“ผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติภายใต้กฎหมายนี้หรือคำวินิจฉัยชี้ขาดของเจ้าพนักงานคาร์เทลอันมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองบุคคลใดจะต้องหยุดการกระทำที่มีผลต่อผู้อื่นดังกล่าว และหากกระทำไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตน โดยสมาคมที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลอันมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมประโยชน์ทางการค้ายังอาจร้องขอคำสั่งให้หยุดกระทำการได้อีกด้วย”¹⁵⁹

แต่อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติการฟ้องเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายนั้นโจทก์จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความผิด (Fault) โดยขาดแรงจูงใจในการได้รับความเสียหายจำนวน 3 เท่า เหมือนกับกรณีในประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁶⁰ ในขณะที่การฟ้องเพื่อห้ามมิให้กระทำการหาจำต้องพิสูจน์เช่นนั้นไม่ เพราะการขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามมิให้กระทำดังกล่าว กฎหมายไม่ต้องการการพิสูจน์ความผิดในการกระทำของผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย โดยกฎหมายยังให้อำนาจในการร้องขอคำสั่งชั่วคราวนี้แก่สมาคมที่เป็นนิติบุคคลบางประเภทอีกด้วย

โดยทั่วไปความรับผิดภายใต้มาตรา 33 แห่ง GWB เปรียบเทียบมาจากความรับผิดเพื่อละเมิดภายใต้

¹⁵⁶ ซึ่งต่างจากระบบของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ FTC ไม่มีอำนาจเหนือองค์กรที่ทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าในระดับรัฐ

¹⁵⁷ John O. Haley. Antitrust in Germany and Japan: the first fifty years, 1947 – 1998, p. 95.

¹⁵⁸ Strobl, Killius & Vorbrugg. Business Law Guide to Germany, p. 325.

¹⁵⁹ Section 33 of GWB, Liability for Damages; Claims for Injunctions

“Whoever violates a provision of this Act or a decision taken by the cartel authority shall, if such provision or decision serves to protect another, be obliged vis-à-vis the other to refrain from such conduct; if the violating party acted willfully or negligently, it shall also be liable for the damages arising from the violation. The claim for injunction may also be asserted by associations for the promotion of trade interests provided the association has legal capacity.”

¹⁶⁰ Ibid., p. 325.

มาตรา 823 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (บุคคลใดที่ละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายที่มุ่งเพื่อปกป้องบุคคลอื่นมีความรับผิดชอบที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายใดๆที่เกิดขึ้นจากการละเมิดนั้น) แต่ในความเป็นจริงการพิสูจน์ถึงความมีอยู่และขอบเขตของความเสียหายที่เกิดขึ้นมักปรากฏว่าเป็นการพิสูจน์ที่กระทำใดยากมากสำหรับคดีประเภทนี้¹⁶¹ ส่วนเงื่อนไขที่ว่าการฝ่าฝืนกฎหมายหรือคำสั่งของเจ้าพนักงานคาร์เทลนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลอื่น (to protect another) ก็ยังไม่มี ความชัดเจนและจำเป็นต้องพิจารณาเป็นรายคดีไป¹⁶² และการอ้างถึงการฝ่าฝืนคำสั่งของเจ้าพนักงานนั้นปรากฏว่าจะต้องเป็นคำสั่งที่ชัดถึงที่สุดแล้ว¹⁶³ และจำนวนค่าเสียหายเองบ่อยครั้งก็เป็นการยากที่ศาลจะกำหนดขึ้น ด้วยเหตุนี้เองจึงทำให้ความสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้โดยเอกชนมีความสำคัญน้อยกว่าโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารโดยถือเป็นมาตรการเสริมเท่านั้น เหตุผลประกอบอีกประการหนึ่งว่าการบังคับใช้กฎหมายขององค์กรทางปกครองมีประสิทธิภาพมากกว่าเพราะการมีคำสั่งห้ามกระทำนั้นเป็นการสอบสวนโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารและหากมีดุลพินิจเห็นว่ามีกรกระทำฝ่าฝืนกฎหมายจริงคำสั่งดังกล่าวก็จะสามารถป้องกันการฝ่าฝืนกฎหมายต่อไปในอนาคตได้ด้วย

3.3.3 บทสรุป

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้า (GWB) ของประเทศเยอรมันก็เป็นอีกสิ่งหนึ่งที่ได้รับอิทธิพลจากการที่ทุกรัฐระบบเศรษฐกิจเสรีเข้ามามีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายภายในประเทศ จากเดิมที่ระบบเศรษฐกิจของประเทศจำเป็นต้องพึ่งพาการรวมตัวแบบ cartel อยู่มากและแม้ว่าการนำระบบดังกล่าวเข้ามาจะเกิดจากความคิดริเริ่มของรัฐบาลชั่วคราวของประเทศสัมพันธมิตรที่ชนะสงครามเพื่อวัตถุประสงค์อื่นก็ตาม แต่ภายหลังจากนั้นประเทศเยอรมันก็ยังคงเห็นชอบรับหลักการเช่นนี้ไว้และเริ่มเห็นว่าการสนับสนุนการแข่งขันมีประโยชน์มากกว่าการผูกขาด โดยตระหนักว่ากฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดที่มีอยู่ไม่อาจใช้ในการป้องกันการผูกขาดทางธุรกิจได้เพราะมีข้อจำกัดในการบังคับใช้จึงได้บัญญัติกฎหมายป้องกันการผูกขาดขึ้นมา ซึ่งก็มีลักษณะควบคุมโครงสร้างเศรษฐกิจเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ก็มีกรจำแนกไว้อย่างชัดเจนทั้งบททั่วไปและมีบทยกเว้นเพื่อความยืดหยุ่นในการบังคับใช้กฎหมาย

กระบวนการบังคับใช้กฎหมายในประเทศเยอรมัน ในส่วนของการทำตามนโยบาย (policing task) เกี่ยวพันกับหลายปัจจัย ทั้งกระบวนการการจัดทำรายงาน (reporting) วิจารณ์ (reviewing) และอนุมัติ (approval procedures) อันเป็นเครื่องมือในการควบคุมพฤติกรรมที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันทางการค้า แต่การสืบสวนสอบสวน (investigation) และการดำเนินคดีที่ละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด (รวมถึงการฝ่าฝืนไม่ทำรายงานและไม่ได้รับการอนุมัติ) ก็ยังเป็นบทบาทหลักที่สำคัญขององค์กรที่บริหารและบังคับใช้กฎหมาย¹⁶⁴

¹⁶¹ Norbert Horn, Hein Kötz, and Hans G. Leser. translated by Tony Weir. *German Private and Commercial Law: An Introduction*, p. 290.

¹⁶² Dietrich Hoffmann. *The German competition law: legislation and commentary*, p. 179.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 180.

ในการรับผิดชอบต่อการบริหารงาน (policing) ของ FCO และสำนักงานคาร์เทลแห่งรัฐ เป็นหน้าที่ในการตรวจสอบและในกรณีที่เห็นสมควรจึงคัดค้าน (objection) ต่อการทำ cartel ที่ได้แจ้งขออนุญาต และในการขอควบบกการภายใต้อำนาจของ FCO นอกจากนี้ยังรวมถึง การปฏิเสธการขอทำ cartel ภายใต้ข้อยกเว้นของกฎหมาย การควบคุมการควบบกการที่ไม่ได้รับรายงาน การใช้อำนาจตลาดเกินขอบเขต การปฏิเสธทำธุรกรรม และพฤติกรรมเลือกปฏิบัติอันมิชอบกฎหมาย และการจำกัดทางการค้าทั้งแนวราบและแนวตั้ง โดยในการปฏิบัติภารกิจเหล่านี้อย่างสมบูรณ์ทั้ง FCO และสำนักงานคาร์เทลแห่งรัฐจะต้องควบคุมดูแลเศรษฐกิจทั้งระบบ และแน่นอนว่าเป็นความพยายามที่เป็นไปไม่ได้แม้ว่าจะตัดข้อจำกัดเรื่องจำนวนคนออกไป ดังนั้นในขณะที่การบังคับใช้กฎหมายขององค์กรรัฐอาจดำเนินการตามดุลพินิจขององค์กร เช่นในคดีใหญ่ๆ หลายคดี แต่คดีส่วนใหญ่กลับมาจากคำร้องเรียนของบุคคลภายนอก ซึ่งสิ่งนี้ดูเหมือนจะเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความตั้งใจขององค์กรบังคับใช้กฎหมายของประเทศเยอรมันมากกว่าของประเทศสหรัฐอเมริกาต่อประเด็นในการดูแลเศรษฐกิจในระดับล่างที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายเฉพาะแก่เอกชนไม่ก็ร้ายโดยไม่จำเป็นต้องทำให้เกิดความเสียหายอย่างกว้างขวางต่อสาธารณชน ผลดังกล่าวมาจากลักษณะโดยทั่วไป (notion) ของทบทวนนิติจำนวนมากหลายมาตราใน GWB ที่สร้างขึ้นเพื่อมุ่งคุ้มครองคู่แข่ง (competitors) และผู้ซึ่งร่วมกันทำธุรกรรมอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันทางการค้ามากกว่าผู้บริโภค¹⁶⁵

ส่วนปัญหาเรื่องความเป็นหนึ่งเดียวกันในการบังคับใช้กฎหมาย ประเทศเยอรมันมีสำนักงานคาร์เทลแห่งรัฐถึง 16 แห่งที่มีอำนาจในการบังคับใช้ GWB องค์กรที่มีอำนาจทั้ง 17 องค์กรที่ต้องบังคับใช้กฎหมายฉบับเดียวกันในบางครั้งก็มีการตีความกฎหมายที่แตกต่างกัน แต่ในปัจจุบันยังไม่มีปัญหาสำคัญเกิดขึ้น ประเทศเยอรมันมีระบบให้จัดประชุมปีละสองครั้งเพื่อแก้ไขในประเด็นที่อาจเกิดเป็นปัญหาได้ โคน FCO และเหล่าสำนักงานคาร์เทลแห่งรัฐ (Länder Cartel Authorities) จะประชุมกันเป็นเวลา 2 วันเพื่อถกเถียงถึงคดีต่างๆ และปัญหากฎหมายที่เกิดขึ้น และการตีความที่แตกต่างกันก็มักจะแก้ไขยุติลงได้โดยการประชุมนี้ โดยการกำหนดแนวทางที่เห็นชอบร่วมกัน ซึ่งระบบเช่นนี้ทำให้แน่ใจได้ว่าการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศเยอรมันเป็นหนึ่งเดียวกัน¹⁶⁶

อีกทั้งตราบที่ยังอยู่ภายในขอบเขตของศาลแห่งชาติ (national courts) ประเทศเยอรมันยังมีระบบคณะผู้เชี่ยวชาญกฎหมายป้องกันการผูกขาด (system of specialized cartel law chambers) ภายในศาลอีกในสำนักงานคาร์เทลแห่งรัฐแต่ละแห่งล้วนมีที่ปรึกษาดังกล่าวอย่างน้อยหนึ่งคณะซึ่งพิจารณาเฉพาะปัญหากฎหมายป้องกันการผูกขาด คดีที่เกี่ยวข้องกับ GWB ทุกคดีต้องนำไปสู่คณะผู้เชี่ยวชาญนี้ ซึ่งเป็นระบบที่ดูจะได้ผลดี คำตัดสินของคณะผู้เชี่ยวชาญจะต้องส่งไปยัง FCO ซึ่งโดยมากจะทำการตีพิมพ์คำตัดสินดังกล่าวเพื่อให้สาธารณชนทราบศาลใดได้ทำคำตัดสินคดี ซึ่งหากมีทัศนคติที่ขัดแย้งกันระหว่างคำตัดสินของคณะผู้เชี่ยวชาญ

¹⁶⁴ John O. Haley. Antitrust in Germany and Japan: the first fifty years, 1947 – 1998, p. 91.

¹⁶⁵ Ibid., pp. 97 - 98.

¹⁶⁶ J. Rivas and M. Horspool (eds). Modernisation and Decentralisation of EC Competition Law, p.

ในศาลที่ต่างกัน คดีอาจนำไปสู่การพิจารณาของคณะผู้เชี่ยวชาญในศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐ (the specialized cartel chamber at the Federal Supreme Court) อันเป็นศาลสูงสุดในประเทศเยอรมันในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยเทียบได้กับ European Court of Justice for European cartel law คำตัดสินที่ต่างความเห็นกันจะได้รับการแก้ไขที่นี้ ซึ่งกล่าวได้ว่าเหมือนกับที่ประชาคมยุโรปมีศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป (European Court of Justice) ในการชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับความเห็นขัดแย้งที่เกิดขึ้น¹⁶⁷

ในทางปฏิบัติคำร้องส่วนใหญ่กระทำโดยไม่เป็นทางการ ข้อมูลที่รับมาจะถูกตรวจสอบและเมื่อเชื่อว่าการกระทำผิดผู้ประกอบธุรกิจหรือฝ่ายที่เกี่ยวข้องจะได้รับการแจ้งให้ระงับพฤติกรรมอันเป็นความผิด โดยส่วนใหญ่จะมีการทำความเข้าใจในภายหลังให้ยุติคดี¹⁶⁸ สิ่งทีในการปฏิบัติของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีคือ บทบาทของผู้อำนวยความสะดวก เนื่องจากการดำรงตำแหน่งอันยาวนานผู้อำนวยความสะดวกมีข้อมูลเกี่ยวกับอุตสาหกรรมและบริษัทต่างๆที่อยู่ภายใต้ขอบเขตความรับผิดชอบและได้ทำความรู้จักและตกลงกับผู้จัดการของหลายบริษัท ความรู้และความคุ้นเคยต่ออุตสาหกรรมและเหล่าผู้บริหารทำให้การสื่อสารและการบริหารงานอย่างไม่เป็นทางการ (administrative informality) ทำได้ง่ายขึ้น ยกตัวอย่างเช่น จากสถิติได้แสดงให้เห็นว่าวิธีการออกแนวทางปฏิบัติทางปกครอง (administrative guidance) ที่ใช้กันในประเทศญี่ปุ่นนั้นก็เป็นสิ่งที่ใช้กันเป็นปกติในการบังคับใช้กฎหมายของประเทศเยอรมัน แม้ว่าจะมิได้มีการใช้บ่อยครั้งเท่าในประเทศญี่ปุ่นก็ตาม FCO มีการใช้วิธีที่เป็นทางการน้อยมาก การบังคับใช้กฎหมายส่วนใหญ่จบลง (dismissed) ที่การระงับการกระทำอันเป็นความผิด อาจกล่าวได้ว่าโดยปกติการยื่นคำร้อง (compliant) และคำให้การ (response) โดย FCO ก็เป็นการเพียงพอที่จะยุติการกระทำอันเป็นความผิด และเทียบได้กับการใช้วิธีการเตือน (cautions and warnings) ของ JFTC¹⁶⁹

อนึ่ง การนำโทษปรับทางปกครองมาใช้กับผู้กระทำผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดแสดงถึงความเล็งเห็นว่าโทษทางอาญาไม่อาจแก้ไขปัญหาการฝ่าฝืนกฎหมายของผู้ประกอบธุรกิจได้ เพราะปัญหาในเรื่องการพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัยในกระบวนการทางอาญานั้นทำได้ยากในความผิดทางเศรษฐกิจ และผลที่ได้มาก็ไม่ได้ช่วยแก้ไขปัญหาค่าผูกขาดในตลาด โดยโทษปรับเพียงน้อยนิดเมื่อเทียบกับผลประโยชน์ที่ได้มาและโทษจำคุกที่ลงแก่ผู้แทนนิติบุคคลไม่ได้สร้างความยากลำบากเท่าไรนักกับผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่

ข้อพิจารณาอีกประการหนึ่ง คือ การบังคับใช้กฎหมายนั้นประเทศเยอรมันที่มีระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมายเหมือนกับประเทศไทย แต่ก็ยังคงให้ความสำคัญกับการบังคับใช้กฎหมายทั้งโดยภาครัฐและโดยเอกชนผู้ได้รับความเสียหายโดยบัญญัติไว้ชัดเจนว่าการฟ้องเรียกค่าเสียหายของเอกชนตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดนี้เป็นการฟ้องตามสิทธิที่กำหนดไว้ในกฎหมายมหาชนโดยให้ถือว่าเอกชนเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย และต้องกระทำการพิสูจน์ตามหลักเกณฑ์ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดกำหนดไว้ แต่อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่า

¹⁶⁷ Ibid., p. 90.

¹⁶⁸ John O. Haley. *Antitrust in Germany and Japan: the first fifty years, 1947 – 1998*, p. 98.

¹⁶⁹ Ibid., p. 111.

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศเยอรมันไม่ได้ให้ความสำคัญกับการบังคับใช้โดยเอกชนเท่าใดนัก เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐมีประสิทธิภาพดีอยู่แล้วโดยผ่านกระบวนการปรับทางปกครอง (administrative fines) เช่นเดียวกับประเทศญี่ปุ่น จึงได้กำหนดว่าหากเอกชนประสงค์จะเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดจะต้องพิสูจน์ความผิดของจำเลยให้ได้ซึ่งเป็นการยากมากที่จะพิสูจน์ความผิดดังกล่าว



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย