

สรุปผลการสัมมนา
โครงการพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง
เรื่อง การใช้ระบบอนุญาตในการตรากฎหมาย

จัดโดย

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
วันจันทร์ ที่ ๑๘ กันยายน ๒๕๖๐
ณ โรงแรม เดอะ สุโกศล กรุงเทพฯ

สรุปสาระสำคัญจากการบรรยายและการอภิปราย
โดยวิทยากรผู้ทรงคุณวุฒิและเจ้าหน้าที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
และความเห็นของผู้เข้าร่วมการสัมมนา
เรื่อง การใช้ระบบอนุญาตในการตรากฎหมาย

ส่วนที่ ๑ การบรรยาย เรื่อง การใช้ระบบอนุญาตในระบบกฎหมายไทย โดยนางสาวธำรงค์ลักษณ์
ลาพิณี ผู้อำนวยการกองกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

๑. ที่มา

โดยที่มาตรา ๗๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้
รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์
การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ใน
กฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง นอกจากนี้ มาตรา ๒๕๘
ของรัฐธรรมนูญ บัญญัติให้ดำเนินการปฏิรูปประเทศอย่างน้อยในด้านกฎหมาย โดยกำหนดให้มี
กลไกในการดำเนินการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ก่อน
วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ให้สอดคล้องกับหลักการตามมาตรา ๗๗ และพัฒนาให้สอดคล้องกับ
หลักสากล โดยในส่วนที่เกี่ยวกับระบบอนุญาตนั้น รัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีการใช้ระบบอนุญาต
เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้การทำงานเกิดความคล่องตัว มีผู้รับผิดชอบที่ชัดเจน และไม่สร้างภาระ
แก่ประชาชนเกินความจำเป็น เพิ่มความสามารถในการแข่งขันของประเทศ และป้องกันการทุจริต
และประพฤติมิชอบ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ (มาตรา ๘๗)
และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ (มาตรา ๘๔) ได้บัญญัติหลักการดังกล่าว
ไว้เช่นเดียวกัน

หลักการตามมาตรา ๗๗ ดังกล่าวเกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพในการประกอบ
อาชีพที่บัญญัติรับรองในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งได้กำหนดบทบัญญัติเรื่องเสรีภาพ
ในการประกอบอาชีพมาตั้งแต่พุทธศักราช ๒๔๗๕ แต่โดยที่รัฐธรรมนูญกำหนดข้อยกเว้น
ให้ตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้ เพื่อจัดระเบียบการประกอบ
อาชีพ ส่งผลให้ที่ผ่านมา มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ
ออกมาเป็นจำนวนมาก จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ได้บัญญัติ
เรื่องเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ในมาตรา ๔๐ ให้บุคคลมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ
และให้จัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น

๒. ระบบการควบคุมการประกอบกิจการหรืออาชีพในกฎหมายไทย

จากการศึกษากฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน พบว่ามีการนำระบบที่ใช้ในการควบคุม
กำกับดูแลการประกอบอาชีพอยู่ ๕ ระบบ ดังนี้

๑. ระบบใบอนุญาต การอนุญาต และการอนุมัติ เป็นระบบที่เข้มงวดที่สุด ก่อภาระ
ให้แก่เอกชน เนื่องจากต้องมีการออกใบอนุญาต ต่ออายุใบอนุญาต ส่วนการอนุญาตและการอนุมัติ
เป็นการขอดำเนินการในแต่ละครั้ง

๒. ระบบการจดทะเบียน เป็นระบบการอนุญาตโดยลดรูปลงมาจากระบบใบอนุญาต กล่าวคือ เมื่อได้รับการจดทะเบียนแล้วไม่ต้องต่ออายุ สามารถประกอบกิจการได้จนกว่าจะถูกเพิกถอนทะเบียน

๓. ระบบการขึ้นทะเบียน เป็นระบบที่มีลักษณะเดียวกับการจดทะเบียนแต่จะใช้กับการควบคุมการประกอบวิชาชีพหรือการผลิตสินค้า

๔. ระบบจัดแจ้ง เป็นระบบการควบคุมการประกอบอาชีพที่ผ่อนปรนที่สุด เป็นเพียงการแจ้งให้หน่วยงานของรัฐทราบว่าผู้ใดประกอบธุรกิจใด ที่ไหน อย่างไร และวัตถุประสงค์หลัก เพื่อส่งเสริมการประกอบกิจการนั้น ๆ และเพื่อให้รัฐมีข้อมูลที่ได้จะนำไปใช้ในการตรวจสอบการปฏิบัติตามกฎหมาย

๕. ระบบผสม เป็นระบบที่ค่อนข้างเข้มงวด โดยส่วนใหญ่ใช้บังคับกับกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพหรือสินค้าที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของประชาชน

ที่ผ่านมาจึงมีความพยายามในการลดระบบอนุญาต โดยมีขั้นตอนการดำเนินการดังนี้

- ในปี ๒๕๔๔ คณะรัฐมนตรีได้มีมติแต่งตั้งคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศตรวจสอบกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาต มีกฎหมายจำนวน ๑๔๕ ฉบับ มีจำนวนใบอนุญาต ๓๙๗ ใบ และการอนุญาต ๔๒๘ รายการ มีแนวคิดในการตรากฎหมายจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษเพื่อจำลองพื้นที่ที่สามารถใช้ระบบการอนุญาตแบบเบ็ดเสร็จอยู่ในหน่วยงานเดียว

- ปี ๒๕๔๕ ตั้งคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ

- ปี ๒๕๔๖ ตราพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารจัดการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. ๒๕๔๖ เพื่อลดขั้นตอนการพิจารณาอนุญาตและอำนวยความสะดวกในการอนุญาตให้กับประชาชน

- ปี ๒๕๔๗ คณะรัฐมนตรีมีมติให้ทุกหน่วยงานจัดทำแผนพัฒนากฎหมายเพื่อลดละเลิกการตรากฎหมายที่ใช้ระบบอนุญาต

- ปี ๒๕๔๙ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการกำหนดให้การดำเนินการจัดตั้งศูนย์บริการร่วม เป็นตัวชี้วัดตามคำรับรองการปฏิบัติราชการ เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน

- ปี ๒๕๕๐ แก้ไขพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ โดยเฉพาะมาตรา ๓๘ แก้ไขหลักเกณฑ์เรื่องการมอบอำนาจ เพื่อให้การดำเนินการเกี่ยวกับอนุญาตสะดวกยิ่งขึ้น

- ปี ๒๕๕๘ ตราพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. ๒๕๕๘ เพื่อให้มีการทบทวนการใช้ระบบอนุญาตเท่าที่จำเป็นทุก ๕ ปี และคณะรัฐมนตรีสามารถกำหนดให้มีการชำระค่าธรรมเนียมแทนการต่ออายุใบอนุญาต โดยตราพระราชกฤษฎีกากระบุชื่อกฎหมายโดยให้มีการชำระค่าธรรมเนียมแทนการต่ออายุใบอนุญาต ประกอบกับการแก้ไขพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ให้เจ้าหน้าที่ต้องตรวจสอบความถูกต้องครบถ้วนของเอกสารภายใน ๗ วัน หากไม่แจ้งจะนำมาเป็นเหตุในการปฏิเสธการอนุญาต เนื่องจากเอกสารไม่ครบไม่ได้ (มาตรา ๒๗) และการกำหนดระยะเวลาในการออกคำสั่งทางปกครองให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่ได้รับคำขอครบถ้วน (มาตรา ๓๙/๑) นอกจากนี้ ได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาการทบทวนความเหมาะสม

ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๕๘ ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้ระบบคณะกรรมการ การอนุมัติ การอนุญาต ใบอนุญาต ระบบการจดทะเบียน หรือระบบอื่นที่กำหนดขึ้นเพื่อกำกับหรือควบคุม เพียงเท่าที่จำเป็น (มาตรา ๙ (๕))

- ปี ๒๕๖๐ ภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีผลใช้บังคับ ได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษาเพื่อกำกับการปฏิรูปกฎหมาย และคณะอนุกรรมการปรับปรุงยกเลิกกฎหมายที่เป็นอุปสรรคในการประกอบอาชีพหรือธุรกิจของประชาชน เพื่อทำหน้าที่เสนอแผนพิจารณาปรับปรุงหรือข้อเสนอเพื่อพิจารณายกเลิกกฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้ใบอนุญาต

ในส่วนของการกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ที่มีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ได้กำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจในการอนุญาตไว้ในมาตรา ๓๗ โดยบัญญัติให้คำสั่งทางปกครองต้องจัดให้มีเหตุผล ซึ่งอย่างน้อยต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนการใช้ดุลพินิจ และมาตรา ๓๙ บัญญัติให้การออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่อาจกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ได้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดข้อจำกัดดุลพินิจเป็นอย่างอื่น

สรุป แม้ว่าจะมีความพยายามของรัฐในการลดการตรากฎหมายที่ใช้ระบบอนุญาต แต่ปรากฏว่าตั้งแต่ปี ๒๕๔๐ - ๒๕๖๐ การตรากฎหมายที่ใช้ระบบอนุญาตไม่ลดลง ซึ่งหากปล่อยให้แต่ละหน่วยงานใช้ดุลพินิจในการประเมินความจำเป็นในการใช้ระบบอนุญาต กฎหมายที่ใช้ระบบอนุญาตคงไม่ลดลง ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องมีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์กลางเกี่ยวกับการตรากฎหมายที่จะใช้ระบบอนุญาตเพื่อให้หลักเกณฑ์ได้รับการยอมรับทั้งจากฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติว่ากฎหมายลักษณะใดที่จะใช้ระบบอนุญาต จดทะเบียน หรือระบบจัดแจ้ง รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์และกรอบระยะเวลาในการพิจารณาให้ชัดเจน เพื่อลดการใช้ดุลพินิจของผู้อนุญาตและอาจจำเป็นต้องนำระบบอนุญาตโดยปริยาย คือหากพิจารณาไม่เสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ถือว่าอนุญาต มาใช้ในระบบอนุญาตตรากฎหมายที่มีการกำหนดให้ใช้ระบบอนุญาต

ส่วนที่ ๒ การบรรยาย เรื่อง การใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในระบบกฎหมายต่างประเทศ โดยคณะทำงานศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมายสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

มาตรา ๗๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่กำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง เพื่อให้การดำเนินการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีแนวทางที่ชัดเจน คณะทำงานฯ จึงได้ดำเนินการศึกษาค้นคว้าข้อมูลกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นที่อาจนำมาใช้แทนระบบอนุญาต เพื่อนำมาเป็นข้อมูลประกอบการพิจารณากำหนดแนวทางที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทยต่อไป

ในระบบกฎหมายต่างประเทศ ระบบอนุญาตเป็นมาตรการควบคุมของรัฐอย่างหนึ่งในการควบคุมการประกอบธุรกิจ โดยแบ่งเป็น มาตรการควบคุมก่อนหน้า (ex ante control) ได้แก่

การอนุญาต การรับรอง การขึ้นทะเบียน และมาตรการควบคุมภายหลัง (ex post control) ได้แก่ การแจ้งก่อนดำเนินการ และการกำหนดกฎเกณฑ์ให้ปฏิบัติ

ความหลากหลายของกลไกการอนุญาต สามารถแบ่งออกได้เป็น ๒ ระบบ ดังนี้

๑. ระบบปกติ คือ การออกคำสั่งโดยชัดแจ้ง โดยให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย และใช้ดุลพินิจ (ถ้ามี) ก่อนมีคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาต

๒. ระบบพิเศษ อาจเกิดคำสั่งโดยปริยาย กล่าวคือ ถ้าครบกำหนดเวลาแล้วเจ้าหน้าที่ยังไม่สั่งการใด ๆ ถือว่าปฏิเสธ ซึ่งจะเป็นการปิดการพิจารณาเพื่อไปศาลเร็วขึ้นหรือถือว่าอนุญาต (Silence is Consent)

๑. หลักการใช้ระบบอนุญาตของสหภาพยุโรป (EU)

หลักการของ “Bolkestein Directive” มีขอบเขตใช้กับกิจการ “บริการ” (services) เพื่อสร้าง “ตลาดภายใน” (Internal Market) ตลาดเดียวสำหรับการประกอบกิจการบริการภายใน EU เพื่อให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เสรี มีการแข่งขัน ลดความซับซ้อนในการพิจารณาของทางราชการ เพื่อขจัดอุปสรรคในการประกอบกิจการของเอกชน และจำกัดระบบอนุญาตให้น้อยที่สุด

หลักการใช้ระบบอนุญาตกับ “กิจการบริการ” ตาม “Bolkestein Directive” มีอยู่ ๓ ประการ ดังนี้

๑. ใช้ระบบอนุญาตเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็น (มาตรา ๙) กล่าวคือ การใช้ระบบอนุญาตต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติแก่ผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง มีความจำเป็นต้องใช้ระบบอนุญาตเนื่องจากมีเหตุผลอันสำคัญยิ่งเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวม เช่น ความสงบเรียบร้อย สาธารณะ ความปลอดภัยของประชาชน สุขอนามัยของประชาชน สุขอนามัยของสัตว์ และไม่มีมาตรการอื่นที่มีผลกระทบน้อยกว่าที่จะบรรลุเป้าหมายได้ ซึ่งเป็นไปตามหลัก “ความพอสมควรแก่เหตุ”

๒. วางกรอบการใช้อำนาจพิจารณาอนุญาตของเจ้าหน้าที่ (มาตรา ๑๐) เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ

๓. กระบวนการพิจารณาอนุญาตต้องชัดเจน โปร่งใส และสร้างภาระน้อยที่สุด (มาตรา ๑๓) กล่าวคือ วิธีพิจารณาและแบบพิธีต้องชัดเจน ไม่ยุ่งยากซับซ้อน ประกาศให้ทราบล่วงหน้า มีหลักประกันว่าการพิจารณาจะตรงไปตรงมาและเป็นกลาง ค่าใช้จ่ายต้องพอสมควรแก่เหตุ และได้สัดส่วนกับต้นทุนของทางราชการ และมีการพิจารณาอย่างรวดเร็ว

เมื่อครบกำหนดระยะเวลาแล้ว ถ้าเจ้าหน้าที่มิได้วินิจฉัยสั่งการใด ๆ ให้ถือว่า “อนุญาตโดยปริยาย” แต่รัฐสมาชิกอาจกำหนดหลักเกณฑ์แตกต่างออกไปได้ หากมีเหตุผลอันสำคัญยิ่งเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวม หรือมีเหตุผลอันชอบธรรมเกี่ยวกับประโยชน์ของบุคคลที่สาม ซึ่งประเทศที่ใช้ระบบนี้ เช่น อิตาลี สเปน ฝรั่งเศส เนเธอร์แลนด์ ส่วนเยอรมันยอมรับกฎเกณฑ์ดังกล่าวแต่มีข้อถกเถียงในทางวิชาการมากกว่าเหมาะสมหรือไม่

๒. ระบบกฎหมายฝรั่งเศส

มาตรการควบคุมในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แบ่งออกเป็น

๑. มาตรการควบคุมก่อนหน้า รัฐจะมีบทบาทเชิงรุกในการใช้อำนาจพิจารณา ซึ่งได้แก่ การอนุญาต (มีดุลพินิจ/ไม่มีดุลพินิจ) การรับรอง (ส่วนใหญ่มีดุลพินิจ) และการขึ้นทะเบียน (การอนุญาตลดรูป ลดขั้นตอนให้เรียบง่ายและรวดเร็วยิ่งขึ้น)

๒. มาตรการควบคุมภายหลัง รัฐมีบทบาทเชิงรับ ได้แก่ การแจ้ง ซึ่งบุคคลประกอบกิจการได้ทันที แต่มีการตรวจสอบภายหลัง ส่งผลให้หยุดประกอบกิจการได้

สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย ได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการขออนุญาต ความล่าช้าในการพิจารณาอนุญาต ซึ่งก่อให้เกิดต้นทุนแฝง และความซับซ้อนของกระบวนการพิจารณาอนุญาต ความเป็นกลางและการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่

จากผลการศึกษาดังกล่าว ก่อให้เกิดข้อเสนอในการเปลี่ยนวิธีคิดใหม่ว่าความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและเอกชนต้องตั้งอยู่บน “ความไว้วางใจกัน” เปลี่ยนการควบคุมก่อนหน้าเป็นควบคุมภายหลัง โดยใช้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการแทนการอนุญาต ไม่ต้องรอผลการพิจารณาของทางราชการ ไม่มีความเสี่ยงในการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ โดยเฉพาะการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม ลดภาระของฝ่ายปกครองในการพิจารณาอนุญาต จากข้อเสนอดังกล่าว **Conseil d'État** จึงได้กำหนดหลักในการกำหนดมาตรการควบคุมในกฎหมาย โดยให้ใช้มาตรการควบคุมเพียงเท่าที่จำเป็น เลือกใช้ระบบแจ้งมากกว่าระบบอนุญาต และใช้ระบบอนุญาตตามหลักของ EU Directive สำหรับกิจการที่เป็น “บริการ”

ปัจจุบันฝรั่งเศสได้พยายามยกเลิกการใช้ระบบอนุญาต และใช้มาตรการควบคุมอื่นแทน เช่น การแจ้ง การขึ้นทะเบียน และปรับปรุงระบบอนุญาตให้สะดวกรวดเร็วขึ้น โดยจัดให้มีบริการจุดเดียวเบ็ดเสร็จ ยุบรวมใบอนุญาตหลายใบให้เหลือเพียงใบเดียวสำหรับการประกอบกิจการเรื่องเดียวกัน ขออนุญาตออนไลน์ หรือใช้ระบบอนุญาตโดยปริยาย

๓. ระบบกฎหมายอิตาลี

อิตาลีมีกฎหมายกำหนดระบบอนุญาตในเรื่องต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก มีขั้นตอนการอนุญาตที่มีความซับซ้อนและสร้างภาระเกินความจำเป็น กล่าวคือ ต้องขอใบอนุญาตหลายใบสำหรับการดำเนินการในเรื่องเดียวกัน และการพิจารณาอนุญาตใช้เวลานาน เจ้าหน้าที่พิจารณาเกินระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด จากปัญหาดังกล่าวจึงได้มีการออกกฎหมาย Legge 241/1990 ซึ่งเป็นกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยในหมวด ๔ (มาตรา ๑๔ – มาตรา ๒๑) ของกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการลดความซับซ้อนในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง ทำให้กระบวนการพิจารณาทางปกครองกระชับและรวดเร็วยิ่งขึ้น และใช้มาตรการควบคุมที่มีผลกระทบน้อยแทนมาตรการที่มีผลกระทบมาก นอกจากนี้ ได้มีการนำระบบอนุญาตโดยปริยายมาใช้ โดยในกรณีที่เจ้าหน้าที่หนึ่งเคยจนครบกำหนดเวลา ให้ถือว่าอนุญาต ยกเว้นเรื่องเกี่ยวกับ “ประโยชน์อันสำคัญยิ่ง” เรื่องที่กฎหมาย EU กำหนดให้ต้องออกคำสั่งทางปกครองโดยชัดแจ้ง เรื่องที่กฎหมายเฉพาะกำหนดให้การนิ่งเฉยมีผลเท่ากับปฏิเสธคำขอ และเรื่องอื่น ๆ ที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะไม่นำระบบอนุญาตโดยปริยายมาบังคับใช้ นอกจากนี้ ยังกำหนดให้นำระบบแจ้งก่อนดำเนินการไปใช้แทนที่ระบบอนุญาตเป็นการทั่วไป หากเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับ “ประโยชน์อันสำคัญยิ่ง” และเจ้าหน้าที่ไม่มีดุลพินิจ

๔. ระบบกฎหมายสวีต

ใน Ordonnance 25/06/2011 วางหลักให้ผู้ตรากฎหมายกำหนดกระบวนการขั้นตอนที่เรียบง่ายและสร้างภาระน้อยที่สุดแก่ผู้ยื่นคำขอ และพิจารณาทางเลือกอื่นที่อาจนำมาใช้แทนระบบอนุญาตปกติ (อนุญาตโดยปริยาย/แจ้ง) และกำหนด “ระยะเวลาเร่งรัด” ให้เข้มงวดขึ้น นอกจากนี้ รัฐบาลสวีตยังกำหนดเกณฑ์พิจารณาในการยกเลิกระบบอนุญาตโดยยกเลิกระบบอนุญาตในกรณีที่พ้นสมัย สร้างภาระ ไม่มีประสิทธิภาพ หรือมีกลไกอื่นที่มีประสิทธิภาพในการควบคุมการดำเนินการของบุคคล

๕. ระบบกฎหมายเยอรมัน

ระบบอนุญาตที่ใช้ในกฎหมายเยอรมันเป็นระบบอนุญาตเชิงตรวจสอบ (Kontrollerlaubnis) หรือข้อห้ามเชิงป้องกันที่มีเงื่อนไขการอนุญาตให้กระทำการอันต้องห้ามในภายหลังได้ (preventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) ซึ่งเป็นมาตรการทางกฎหมายที่มีผลทำให้การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองและคุ้มครองอยู่ยังไว้ก่อนเป็นการชั่วคราว (vorläufige Sperre) เพื่อประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบเสียก่อนว่าการประกอบวิชาชีพ การประกอบกิจการ หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลนั้นจะเป็นอันตรายต่อประโยชน์สาธารณะในด้านต่าง ๆ หรือไม่ (Eröffnungskontrolle) โดยการอนุญาตให้กระทำการมีลักษณะในทางเนื้อหาเป็น “การคืน” หรือ “การยืนยัน” สิทธิและเสรีภาพที่บุคคลนั้นมีอยู่แล้ว (Wiederherstellung von grundgesetzlichem Zustand) ทั้งนี้ การใช้ระบบอนุญาตในกฎหมายเยอรมันจะใช้ “เพียงเท่าที่จำเป็น”

๖. ระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา

ระบบอนุญาตมีองค์ประกอบสำคัญ ๓ ประการ ได้แก่

๑. การห้ามเอกชนทำกิจกรรมบางอย่าง
๒. การสร้างเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติในการทำกิจกรรมนั้น
๓. การที่รัฐพิจารณายกเว้นการห้ามให้แก่เอกชนที่ปฏิบัติตามเงื่อนไข ดังนั้น

การลดภาระจากระบบอนุญาตอาจดำเนินการได้โดยการผ่อนคลายความเคร่งครัดขององค์ประกอบหนึ่งองค์ประกอบใดของระบบอนุญาตดังกล่าว อีกทั้งรัฐยังอาจใช้มาตรการที่เคร่งครัดต่ำกว่าเพื่อทดแทนระบบอนุญาตได้ เช่น การจดทะเบียน หรือการรับรองคุณสมบัติ

การกำหนดระบบอนุญาตในกฎหมายของสหรัฐอเมริกาถูกควบคุมโดยกฎหมายรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ รัฐบาลแต่ละระดับมีอำนาจที่ต่างกันในการกำกับดูแลกิจกรรมของเอกชน อีกทั้งการอนุญาตที่กำหนดนั้นต้องไม่เป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติเกินกว่าที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้

สหรัฐอเมริกามีความพยายามในปฏิรูประบบอนุญาตบางด้าน เช่น ใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ ซึ่งรัฐบาลโอบามาได้เสนอแนวปฏิบัติที่ดีในเรื่องดังกล่าว เช่น การใช้ระบบอนุญาตเฉพาะเมื่อเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยและสาธารณสุขโดยการห้ามทำกิจกรรมนั้นต้องไม่มีขอบเขตกว้างหรือสร้างภาระมากเกินไป การสร้างกลไกการพิจารณาดันทุนและผลประโยชน์ที่มีประสิทธิภาพและการลดอุปสรรคในการเคลื่อนย้ายแรงงานระหว่างมลรัฐอันเกิดจากการใช้ระบบอนุญาต

นอกจากนี้ ยังมีข้อเสนอให้รัฐบาลอำนวยความสะดวกในการอนุญาต เช่น การเผยแพร่ข้อมูลทางออนไลน์ การตั้งศูนย์บริการร่วม การฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ การทดลอง ออกใบอนุญาต และการตั้งองค์กรผู้ตรวจการสำหรับธุรกิจขนาดย่อม

๗. ระบบกฎหมายญี่ปุ่น

ในประเทศญี่ปุ่น วัตถุประสงค์สำคัญในการใช้ระบบอนุญาตมีขึ้นเพื่อรักษา เสถียรภาพและความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ของส่วนรวม รักษาความปลอดภัยของ ประชาชน และสนับสนุนการดำเนินของรัฐ

กระทรวงกิจการภายในและการสื่อสารของประเทศญี่ปุ่นได้มีการรวบรวม และจำแนกมาตรการควบคุมต่าง ๆ ตามความเคร่งครัดและระยะเวลาที่ต้องใช้ ได้แก่

๑. มีความเคร่งครัดมากที่สุดและมีแนวโน้มที่จะใช้เวลานานที่สุด เช่น คำสั่งอนุญาต คำสั่งอนุมัติ การออกใบอนุญาต โดยมาตรการประเภทนี้มักนำไปใช้กับกิจการที่มีผลกระทบต่อ สังคมสูงหรือโดยสภาพแล้วเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย

๒. มีความเคร่งครัดปานกลางและมีแนวโน้มที่จะใช้เวลาไม่มาก ได้แก่ การรับรอง การตรวจสอบ การขึ้นทะเบียน โดยมาตรการประเภทนี้มักนำไปใช้กับกิจการที่มีผลกระทบต่อสังคม พอสมควรแต่ยังไม่ถึงระดับสูงเช่นกรณีแรก

๓. มีความเคร่งครัดน้อยที่สุดและมีแนวโน้มที่จะใช้เวลาเร็วที่สุด ได้แก่ การแจ้ง การรายงาน โดยมาตรการประเภทนี้มักนำไปใช้กับกิจการที่มีผลกระทบต่อสังคมในระดับต่ำ แต่เพื่อการบริหารจัดการที่ดีและเพื่อป้องกันหรือแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้อย่างเหมาะสม จึงจัดให้มีการแจ้งหรือรายงาน

สำหรับแนวทางการปรับปรุงระบบอนุญาตนั้น ประเทศญี่ปุ่นได้ดำเนินการปรับปรุง ระบบอนุญาตที่สำคัญ ได้แก่

๑. แก้ไขหรือยกเลิกมาตรการควบคุมที่มีความเคร่งครัดมากและใช้เวลานาน และนำมาตรการควบคุมที่มีความเคร่งครัดและใช้เวลาน้อยกว่ามาบังคับใช้แทน

๒. ลดดุลพินิจและการแทรกแซงจากภาครัฐโดยการให้ภาคส่วนเอกชนเข้ามา มีบทบาทในการควบคุมร่วมหรือแทนที่ภาครัฐ

๓. การลดขั้นตอน เพื่ออำนวยความสะดวกและสร้างความชัดเจนให้แก่ประชาชน

ส่วนที่ ๓ การอภิปราย เรื่อง มุมมองของภาคเอกชนต่อการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย

๑. ความเห็นของ ดร. กอบศักดิ์ ภูตระกูล ผู้ช่วยรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี และประธานอนุกรรมการพิจารณาปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการประกอบ อาชีพและการดำเนินธุรกิจของประชาชน

รัฐบาลได้กำหนดกรอบแนวทางในการปฏิรูปกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อ การประกอบอาชีพหรือการดำเนินธุรกิจของประชาชน โดยได้มอบหมายให้คณะกรรมการสานพลัง ประชากรรัฐ (E4) รับผิดชอบการดำเนินการในเรื่องดังกล่าว ซึ่งที่ผ่านมาคณะกรรมการสานพลังประชารัฐ ได้แต่งตั้งคณะทำงานด้านการปรับแก้กฎหมายและกลไกภาครัฐ โดยมี ดร.วิษณุ เครืองาม และคุณกานต์ ตระกูลฮุน เป็นประธานร่วม มีเป้าหมายที่จะเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันทางการค้า

และการลงทุนในประเทศไทย ยกอันดับ Ease of Doing Business ของไทยสู่ Top ๒๐ และแก้ไขกลไกการทำงานของภาครัฐ

นอกจากนี้ เมื่อวันที่ ๑๑ พฤษภาคม ๒๕๖๐ ท่านนายกรัฐมนตรีมีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษาเพื่อการปฏิรูปกฎหมาย เพื่อพิจารณาปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมายหรือกฎข้อบังคับ ที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสถานการณ์หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ เพื่อไม่ให้เป็นการกระทบแก่ประชาชน คณะกรรมการฯ จึงได้แต่งตั้งคณะอนุกรรมการชุดต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคณะอนุกรรมการปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพหรือการดำเนินธุรกิจของประชาชน และคณะอนุกรรมการปรับปรุงกฎหมายที่สร้างภาระโดยไม่จำเป็นต่อประชาชน

คณะอนุกรรมการปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพหรือการดำเนินธุรกิจของประชาชนได้กำหนดแนวทางการทำงานในช่วงระยะเวลา ๑ ปีข้างหน้าไว้ดังนี้

- ๔ เดือนแรก ดำเนินการปรับปรุงกฎระเบียบเกี่ยวกับ Doing Business
- ๘ เดือนถัดมา ดำเนินการปรับปรุงกฎหมาย และกฎระเบียบที่เกี่ยวกับ Licensing

และคู่มือต่าง ๆ

โดยมีเป้าหมายเพื่อยกอันดับไทยให้อยู่ในอันดับที่ ๒๓ ในการจัดอันดับปี ๒๐๑๙ ซึ่งในการดำเนินการดังกล่าว คณะอนุกรรมการฯ เห็นว่ามีเรื่องที่ต้องดำเนินการปฏิรูป โดยเฉพาะ เช่น ลดค่าใช้จ่าย ลดเวลา และเพิ่มคุณภาพการบริการของราชการ

สำหรับประเด็นว่าประเทศไทยจำเป็นต้องมีกฎหมายกลางขึ้นใช้บังคับเพื่อควบคุมระบบการอนุญาตหรือไม่นั้น เห็นว่ากรณีนี้อาจจะนำแนวทางของประเทศเกาหลีใต้ที่กำหนดให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบหรือควบคุมกฎหมายและร่างกฎหมาย เพื่อให้มีความเหมาะสมและจำเป็นมาใช้เป็นแนวทางได้

๒. ความเห็นของนายกิตติ ตั้งจิตรมณีสักดา เลขาธิการสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย

โดยที่ปัจจุบันปัญหากฎหมายล้าสมัย ไม่ทันต่อสถานการณ์ และส่งผลกระทบต่อ การส่งเสริมการประกอบกิจการ จึงสมควรปรับปรุงกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ยังมีกฎหมายมากก็จะทำให้เพิ่มต้นทุนของประเทศ หากทำให้กฎหมายล้าสมัยลดลง ก็ย่อมเป็นการลดต้นทุน และจะทำให้ GDP เพิ่มได้ไม่ยาก จึงเป็นการสมควรที่จะปฏิรูปกฎหมายเพื่อลดต้นทุนของประเทศ

เมื่อพิจารณาภาพรวมของกฎหมาย แบ่งออกเป็น ๒ ประเภท คือ

๑. กฎหมายเกี่ยวกับศีลธรรม เช่น กฎหมายอาญา
๒. กฎหมายเทคนิค ซึ่งเป็นการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือ เช่น กฎหมายว่าด้วยการจราจรทางบก

การจราจรทางบก

สำหรับการออกกฎหมายเทคนิค (กฎกระทรวง หรือประกาศ) ต้องมีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนว่ามีเจตนาธรรมอะไร โดยพิจารณาตามสภาพเศรษฐกิจและสังคมในขณะนั้น ทั้งนี้ การนำกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้อาจมีปัญหา จึงต้องผ่านกระบวนการคิด และรับฟังความคิดเห็นจากผู้ที่เกี่ยวข้อง และให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายมีความสอดคล้องกัน

เมื่อมีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจน หากสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปหรือสภาพเศรษฐกิจสังคมเปลี่ยนแปลงไป ก็ต้องแก้ไขกฎหมาย

ระบบการอนุญาต (ใบอนุญาต) ณ เวลานั้นอาจเหมาะสม แต่เมื่อสภาพเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลง กฎหมายก็ต้องปรับเปลี่ยน เดิมระบบใบอนุญาตเสมือนเป็นเชื้อโรคที่ต่างประเทศนำมาปล่อยให้กับสังคมโลก แต่ปัจจุบันรัฐบาลต้องทำตัวเหมือนเป็นหุ่นส่วนกับประชาชน ทำให้ขับเคลื่อนประเทศไปข้างหน้า

วัตถุประสงค์ของใบอนุญาต มี ๒ ประการ คือ

๑. ควบคุมมาตรฐาน ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย เป็นปัญหาสำคัญทำให้กฎหมายไม่ศักดิ์สิทธิ์ และทำให้คนเข้าใจผิดโดยเพิ่มโทษให้หนักขึ้น ดังนั้น กฎหมายกำหนดมาตรฐานต้องขอให้บังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจัง

๒. เก็บค่าธรรมเนียม

กระบวนการออกใบอนุญาต ก็ไม่ควรใช้ระยะเวลาาน เช่น EIA ใช้เวลานานมาก ดังนั้น กระบวนการออกใบอนุญาตควรทำโดยเร็ว แต่ให้ได้มาตรฐาน

สรุป กฎหมายควรเป็นเครื่องมือในการส่งเสริม และรัฐมีหน้าที่ต้องทำกฎหมายให้อำนวยความสะดวก ส่งเสริมประสิทธิภาพในการแข่งขัน และพยายามลดต้นทุนในภาคเศรษฐกิจ โดยรัฐอาจทำคู่มือประชาชนเพื่อเป็นการบูรณาการและสร้างขั้นตอนให้ประชาชนเข้าใจง่าย ในการดำเนินการเพื่อขออนุญาต และทำอย่างไรให้รวมใบอนุญาตต่างๆ ให้เป็นใบเดียว หรือให้มีน้อยที่สุด

๓. ความเห็นของนายจำรูญ ดุลยสุข กรรมการในคณะกรรมการธุรกิจและระเบียบ สภาหอการค้าไทย

มุมมองของภาคเอกชนที่มีต่อการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย แบ่งเป็น ๓ มิติ ดังนี้

มิติที่ ๑ บุคคลมีเสรีภาพในการประกอบการและแข่งขันอย่างเสรีภายใต้กฎเกณฑ์กติกาที่เป็นธรรม โดยกฎหมายควรที่จะถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันการผูกขาดและป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม รัฐมีความจำเป็นที่จะต้องเข้าแทรกแซงการทำกิจการของประชาชนเพื่อให้เกิดความสงบสุขและความปลอดภัยในสังคม รวมถึงความยั่งยืนของสาธารณสุขสมบัติของแผ่นดิน ซึ่งการแทรกแซงนั้นต้องไม่สร้างภาระให้เอกชนผู้ประกอบการ เช่น การเปิดเผยสิ่งที่มีความลับทางการค้าเกินความจำเป็น และควรกำหนดให้การอนุญาตและการอนุมัติของฝ่ายปกครองมีผลเฉพาะตัวไม่อาจโอนให้แก่กันได้

มิติที่ ๒ เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้ที่มีบทบาทในการนำนโยบายแห่งรัฐไปปฏิบัติให้เกิดผลลัพธ์อย่างเป็นรูปธรรมจะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจในบริบทของการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศควบคู่ไปกับการพัฒนาที่ยั่งยืน โดยต้องมีการพัฒนาเจ้าหน้าที่ของรัฐให้มีความรู้ถึงหลักการสำคัญในเรื่องดังกล่าว อันจะเป็นประโยชน์ต่อการใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจอนุมัติ อนุญาต โครงการต่าง ๆ ได้อย่างรวดเร็ว

มิติที่ ๓ การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐควรมีความยืดหยุ่นในการบังคับใช้กฎหมาย เพื่อปรับใช้กฎหมายให้เกิดความเป็นธรรม ความสงบสุข และความปรองดองในสังคม

ภาคเอกชนมีความคาดหวังต่อการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย ดังนี้

๑. มีความโปร่งใส

๒. มีการกำหนดเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบในการใช้ระบบให้ชัดเจนและกำหนดโทษสำหรับการไม่ปฏิบัติตาม

๓. ควรมีการกำหนดระยะเวลาการขออนุญาต ค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่าย และขั้นตอนการใช้ระบบให้ชัดเจน

๔. สร้างโอกาสการแข่งขันทางการค้าของการประกอบธุรกิจ

๕. ลดปัญหาการคอร์รัปชัน

ส่วนที่ ๔ บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากปัญหาดังกล่าวจึงได้มีการเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย โดยเปลี่ยนวิธีคิดในการร่างกฎหมาย ดังนี้

๑. ใช้ระบบอนุญาต (ควบคุม) แทนที่จำเป็น โดยนำระบบการควบคุมดูแลในลักษณะอื่น เช่น การจดทะเบียนหรือการจดทะเบียนมาใช้ในการควบคุมการประกอบอาชีพ

๒. กำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ในการออกใบอนุญาตให้ชัดเจนและกำหนดระยะเวลาในการพิจารณา

๓. กระบวนการพิจารณาอนุญาตต้องสร้างภาระน้อยที่สุด

๔. อำนวยความสะดวกในการขออนุญาต

๕. ทบทวนระบบอนุญาตในกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ (สำรวจ – ประเมิน – ปรับเปลี่ยน)

ส่วนที่ ๕ ความคิดเห็นจากผู้เข้าร่วมการสัมมนา

ความคิดเห็นของผู้เข้าร่วมการสัมมนาจากสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา กระทรวงสาธารณสุข ให้ความคิดเห็นและข้อสังเกต ดังนี้

๑. ควรให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบในขั้นตอนของการออกใบอนุญาต เพื่อให้กระบวนการออกใบอนุญาตรวดเร็วยิ่งขึ้น

๒. กฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการออกใบอนุญาตไม่ได้กำหนดความหมายของคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” ไว้อย่างชัดเจน ทำให้ต้องมีการตีความโดยคณะกรรมการตามกฎหมายนั้น ๆ เป็นรายกรณีไป ส่งผลให้กระบวนการออกใบอนุญาตเกิดความล่าช้า

๓. ควรมีการกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการพิจารณาเรื่องประโยชน์สาธารณะ

