

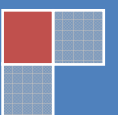
กันยายน

๒๕๖๐

รายงานการศึกษา เรื่อง
การใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทน
ระบบอนุญาตในระบบกฎหมายต่างประเทศ

คณะทำงานศึกษาค้นคว้า
เกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

Reports & Studies
Office of the Council of State



คำนำ

ภารกิจสำคัญของกฎหมาย คือ การปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเรื่องต่าง ๆ กรณีที่การดำเนินการใดของคุณคนอาจมีผลกระทบหรือก่อความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ กฎหมายก็มักจะกำหนด “มาตรการควบคุม” การดำเนินการนั้นไว้ ไม่ว่าจะเป็นการประกอบกิจการ การประกอบวิชาชีพ หรือการดำเนินการอื่นใดของคุณคน โดยมาตรการหลักที่ผู้ตรากฎหมายมักจะใช้ คือ “ระบบอนุญาต” ที่กำหนดให้คุณคนจะกระทำการใดได้ต่อเมื่อมีการยินยอมหรือเห็นชอบจากรัฐเสียก่อน

ระบบอนุญาตเป็นมาตรการควบคุมที่เคร่งครัด เพราะต้องมีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ขออนุญาตและรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินการที่จะขออนุญาตเสียก่อนว่าจะมีผลกระทบหรือก่อความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ อย่างไร ซึ่งในแง่นี้ย่อมเป็นผลดีต่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ แต่ในอีกแง่หนึ่ง ระบบอนุญาตก็เป็นกลไกที่กระทบต่อการใช้สิทธิและเสรีภาพของคุณคนค่อนข้างมาก เพราะต้องรอผลการพิจารณาของทางราชการก่อนที่จะดำเนินการใด ๆ ได้ ซึ่งกระบวนการพิจารณาอนุญาตอาจใช้เวลาและขั้นตอนที่ยุ่งยาก และกรณีที่กฎหมายให้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ในการพิจารณาอนุญาต ก็มีความเสี่ยงที่เจ้าหน้าที่จะใช้ดุลพินิจโดยมิชอบหรือเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ทั้งยังเป็นช่องทางให้มีการทุจริตประพฤติมิชอบโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกด้วย

ในยุคที่มีแนวคิดว่ารรัฐควรแทรกแซงกิจการทางเศรษฐกิจและสังคมให้น้อยลง จึงมีแนวคิดในทางกฎหมายว่า ผู้ตรากฎหมายควรใช้ระบบอนุญาตเพียง “เท่าที่จำเป็น” โดยใช้กับเรื่องที่มีเหตุผลความจำเป็นอย่างยิ่งยวดในการปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ และไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะบรรลุดังประสงค์ดังกล่าวได้เท่านั้น แนวคิดนี้เป็นที่มาของนโยบายลด-เลิกระบบอนุญาต โดยในประเทศที่พัฒนาแล้ว เริ่มมีการดำเนินการลด-เลิกระบบอนุญาตอย่างจริงจังนับตั้งแต่ทศวรรษที่ ๑๙๙๐ เป็นต้นมา

สำหรับประเทศไทย ภาครัฐได้ตระหนักถึงปัญหาการใช้ระบบอนุญาต “เกินความจำเป็น” โดยเฉพาะในเรื่องการประกอบกิจการต่าง ๆ เพราะระบบอนุญาตอาจเป็นอุปสรรคต่อการทำธุรกิจและการลงทุนของภาคเอกชน และมีผลกระทบต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมด้วยเหตุนี้ จึงมีความพยายามในการจำกัดการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย สำหรับกฎหมายที่จะตราขึ้นใหม่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ได้บัญญัติหลักการตรากฎหมายไว้ในมาตรา ๗๗ วรรคสาม ให้รัฐใช้ระบบอนุญาตเฉพาะกรณีที่จำเป็น และในส่วนของกฎหมายต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๕ ค. (๑) ของรัฐธรรมนูญก็บัญญัติให้มีกลไกดำเนินการปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการของมาตรา ๗๗ โดยใช้ระบบอนุญาตเท่าที่จำเป็น ซึ่งสอดคล้องกับหลักการของพระราชกฤษฎีกาการทบทวนความเหมาะสมของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๕๘ ที่กำหนดในมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๕) ให้มีการพิจารณาทบทวนการใช้การอนุมัติอนุญาต ใบอนุญาต การจดทะเบียน หรือระบบกำกับควบคุมอื่น เพียงเท่าที่จำเป็น ซึ่งหมายถึงการยกเลิกการอนุญาต หรือระบบกำกับควบคุมที่ไม่มีความจำเป็น

เพื่อให้การดำเนินการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีแนวทางที่ชัดเจน เลขานุการคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงได้มีคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ ๒๒/๒๕๖๐ ลงวันที่ ๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๐ แต่งตั้ง “คณะทำงานศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย” เพื่อดำเนินการศึกษาค้นคว้าข้อมูลกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นที่อาจนำมาใช้แทนระบบอนุญาต โดยศึกษาแนวคิด หลักการ และนโยบายในเรื่องนี้ของประเทศต่าง ๆ ทั้งนี้ เพื่อนำข้อมูลมาประกอบการพิจารณากำหนดแนวทางที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทยต่อไป

ในการนี้ คณะทำงานฯ ได้ศึกษาค้นคว้าระบบกฎหมายของประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งมีความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและสังคมและมีระบบกฎหมายที่ได้มาตรฐาน ทั้งประเทศแถบภาคพื้นทวีปยุโรป ไม่ว่าจะเป็นฝรั่งเศส อิตาลี สวิตเซอร์แลนด์ และเยอรมัน ซึ่งแต่เดิมมีการควบคุมกิจการต่าง ๆ อย่างเข้มงวดโดยใช้ระบบอนุญาตเป็นหลัก ก่อนที่จะลดการใช้ระบบอนุญาตและหันมาใช้มาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในหลายเรื่อง รวมทั้งศึกษาระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่มีระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและใช้มาตรการควบคุมค่อนข้างน้อย นอกจากนี้ ยังได้ศึกษาระบบกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น เพื่อเพิ่มเติมมุมมองเกี่ยวกับระบบกฎหมายของประเทศในแถบเอเชีย ตลอดจนสำรวจแนวทางการลด-เลิกระบบอนุญาตในประเทศอื่น ๆ อีกหลายประเทศเป็นข้อมูลประกอบด้วย

คณะทำงานฯ เห็นว่า รายงานการศึกษาค้นคว้าที่ได้จัดทำเสนอเลขานุการคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นข้อมูลกฎหมายต่างประเทศที่น่าจะเป็นประโยชน์ จึงได้นำมาเผยแพร่ในวงกว้าง ซึ่งหวังว่าเอกสารดังกล่าวจะทำให้ผู้สนใจได้ทราบถึงทิศทางการพัฒนากฎหมายในต่างประเทศ และเป็นข้อมูลที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องสามารถใช้ประกอบการพิจารณากำหนดแนวทางในการใช้ระบบอนุญาตในระบบกฎหมายไทยให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้นต่อไป

คณะทำงานศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
กันยายน ๒๕๖๐

คณะกรรมการศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย

ที่ปรึกษาคณะกรรมการ

นายดิศทัต โหตระกิตย์
 นายวรรณชัย บุญบำรุง
 นางสาวธำรงค์ลักษณ์ ลาพินี

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา
 รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา
 ผู้อำนวยการกองกฎหมายปกครอง

หัวหน้าคณะกรรมการ

นายศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ

ผู้อำนวยการฝ่ายพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง
 กองกฎหมายปกครอง

คณะกรรมการ

นายภควัต เหมรัชตานันท์

นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ
 ฝ่ายแปลและให้ความเห็น
 กองกฎหมายต่างประเทศ

นายณัฐพล สกุลเมฆา

นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ
 ฝ่ายวิเคราะห์และคดีปกครอง
 กองกฎหมายปกครอง

นายนิธิพัฒน์ สิ้นเพ็ง

นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ
 ฝ่ายพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง
 กองกฎหมายปกครอง

สารบัญ

บทที่ ๑	ระบบกฎหมายฝรั่งเศส	๘
	๑. แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบกิจการ	๘
	๒. รูปแบบของมาตรการในการควบคุมการประกอบกิจการ	๙
	๒.๑ การอนุญาตและมาตรการอื่นที่มีผลคล้ายคลึงกัน	๙
	๒.๒ การแจ้งก่อนดำเนินการ	๑๑
	๓. หลักในการใช้ระบบอนุญาต	๑๓
	๓.๑ ใช้ระบบอนุญาตเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็น	๑๓
	๓.๒ วางกรอบการใช้อำนาจพิจารณาอนุญาตของเจ้าหน้าที่	๑๕
	๓.๓ กระบวนการพิจารณาอนุญาตต้องชัดเจน โปร่งใส สร้างภาระน้อยที่สุด	๑๕
	๔. การลด-เลิกระบบอนุญาตโดยผู้ตรากฎหมาย	๑๖
	๔.๑ สภาพปัญหาที่เกิดจากระบบอนุญาตของทางราชการ	๑๗
	๔.๒ มาตรการทางกฎหมายในการลด-เลิกระบบอนุญาต	๑๘
บทที่ ๒	ระบบกฎหมายอิตาลี	๒๒
	๑. การลดความซับซ้อนของระบบอนุญาต : ขั้นตอนการอนุญาตที่เรียบง่ายและรวดเร็วยิ่งขึ้น	๒๒
	๒. การลด-เลิกระบบอนุญาตในกฎหมาย	๒๖
	๓. การแจ้งก่อนดำเนินการ : ทางเลือกแทนระบบอนุญาต	๒๗
	๓.๑ ความเป็นมาและพัฒนาการของระบบแจ้งก่อนดำเนินการ	๒๗
	๓.๒ หลักเกณฑ์การแจ้งก่อนดำเนินการในปัจจุบัน	๒๘
	๔. สรุปหลักในการใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาต	๓๐
บทที่ ๓	ระบบกฎหมายสวีต	๓๔
	๑. รูปแบบของมาตรการในการควบคุมการประกอบกิจการ	๓๔
	๒. มาตรการทางกฎหมายในการลดความซับซ้อนของระบบอนุญาต	๓๕
	๓. หลักในการใช้ระบบอนุญาตและการลด-เลิกระบบอนุญาต	๓๗
บทที่ ๔	ระบบกฎหมายเยอรมัน	๓๙
	๑. แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบกิจการ การประกอบวิชาชีพ และการกระทำอื่นใดของบุคคลโดยรัฐ	๓๙
	๒. หลักในการใช้ระบบอนุญาตตามกฎหมายและแนวทางในการตรวจสอบการใช้ระบบอนุญาตตามกฎหมายที่เกินความจำเป็น	๔๑
	๓. การใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาต	๔๕

บทที่ ๕	ระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา	๔๗
๑.	ขอบเขตของการอนุญาตในระดับต่าง ๆ ของสหรัฐอเมริกา	๔๗
๑.๑	ระดับสหพันธรัฐ	๔๗
๑.๒	ระดับมลรัฐ	๔๘
๑.๓	ระดับท้องถิ่น	๔๘
๒.	มาตรฐานเบื้องต้นของการอนุญาต	๔๙
๓.	ความหมายและลักษณะของการอนุญาต	๔๙
๔.	การอนุญาตและมาตรการควบคุมรูปแบบอื่น ๆ	๕๐
๔.๑	การจดทะเบียน	๕๐
๔.๒	การรับรอง	๕๐
๔.๓	การอนุญาต	๕๑
๕.	แนวทางการใช้มาตรการทดแทนการอนุญาต	๕๑
๕.๑	กรอบแนวทางนโยบายด้านใบอนุญาตประกอบอาชีพ	๕๑
๕.๒	ตัวอย่างการปฏิรูประบบใบอนุญาตประกอบธุรกิจในนครชิคาโก	๕๔
๕.๓	มาตรการทางเลือกอื่น	๕๖
๖.	การลดภาระในการขออนุญาตต่อทางราชการ	๕๖
๖.๑	การลดความซับซ้อนของระบบอนุญาต	๕๖
๖.๒	บทบัญญัติ “เจ้าคุณปู่”	๕๗
บทที่ ๖	ระบบกฎหมายญี่ปุ่น	๕๘
๑.	แนวความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการประกอบกิจการ	๕๘
๒.	รูปแบบของมาตรการควบคุม	๕๘
๒.๑	มาตรการควบคุมที่เคร่งครัดสูงและใช้เวลามาก	๕๙
๒.๑.๑	คำสั่งอนุญาต	๕๙
๒.๑.๒	คำสั่งอนุมัติ	๕๙
๒.๑.๓	การออกใบอนุญาต	๖๐
๒.๑.๔	การกำหนดให้เป็นผู้ดำเนินการ	๖๐
๒.๒	มาตรการควบคุมที่เคร่งครัดปานกลางและใช้เวลาปานกลาง	๖๐
๒.๒.๑	การรับรอง	๖๑
๒.๒.๒	การตรวจสอบ	๖๑
๒.๒.๓	การขึ้นทะเบียน	๖๒
๒.๓	มาตรการควบคุมที่เคร่งครัดน้อยและใช้นเวลาน้อย	๖๒
๒.๓.๑	การแจ้ง	๖๒
๒.๓.๒	การรายงาน	๖๒
๓.	แนวทางการผ่อนปรนมาตรการควบคุมตามกฎหมาย	๖๕
๓.๑	ใช้มาตรการควบคุมที่เคร่งครัดน้อยกว่า	๖๖
๓.๒	ลดการใช้ดุลพินิจของภาครัฐ	๖๗
๓.๓	ลดขั้นตอนการขออนุญาตให้สะดวกและชัดเจน	๖๗

บทที่ ๗	ระบบกฎหมายของประเทศอื่น ๆ	๖๘
	๑. เบลเยียม	๖๘
	๒. เนเธอร์แลนด์	๖๘
	๓. โปแลนด์	๖๙
	๔. จอร์เจีย	๖๙
	๕. เม็กซิโก	๗๐
บทที่ ๘	บทวิเคราะห์สรุป	๗๒
บทที่ ๙	ข้อเสนอแนะของคณะทำงานฯ	๗๘

บทที่ ๑ การใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในระบบกฎหมายฝรั่งเศส*

๑. แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบกิจการ

เสรีภาพในการประกอบกิจการของบุคคล (liberté d'entreprendre) ได้รับการรับรองไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. ๑๗๘๙ (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) ข้อ ๔ ที่บัญญัติถึงเสรีภาพของบุคคลไว้ว่า “เสรีภาพ คือ ความสามารถที่จะกระทำการใดก็ได้ที่ไม่ทำให้ผู้อื่นเดือดร้อน การใช้สิทธิตามธรรมชาติของบุคคลแต่ละคนจะมีข้อจำกัดก็แต่เฉพาะที่ย่อมให้สมาชิกคนอื่น ๆ ของสังคมได้ใช้สิทธิเหล่านี้เช่นเดียวกัน ข้อจำกัดเช่นว่านี้จะกำหนดขึ้นได้ก็แต่โดยกฎหมายเท่านั้น” นอกจากนี้ เสรีภาพในการประกอบกิจการยังมีความสัมพันธ์กับกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล (droit de propriété) ตามที่รับรองไว้ในข้อ ๑๗ ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฯ เพราะบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการ ย่อมไม่อาจใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของตนได้อย่างเต็มที่ จึงมีผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินตามไปด้วย ทั้งนี้ ในปี ค.ศ. ๑๙๕๒ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) ได้ยอมรับว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการมีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญโดยวินิจฉัยว่า “เสรีภาพตามข้อ ๔ ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ซึ่งมีสาระเป็นการกระทำการใดก็ได้ที่ไม่ทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนนั้น ย่อมไม่อาจจะอ้างรักษาไว้ได้ หากมีการกำหนดข้อจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการตามอำเภอใจและไม่ชอบ”^๑ ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงตรวจสอบด้วยว่า กฎหมายที่จะตราขึ้นนั้นมีบทบัญญัติใดที่ละเมิดเสรีภาพในการประกอบกิจการของบุคคลหรือไม่ อย่างไร

แม้ว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการจะมีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญ แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ยอมรับว่า “เสรีภาพดังกล่าวหาได้มีลักษณะทั่วไปและเด็ดขาด แต่ต้องดำรงอยู่ในกรอบของหลักเกณฑ์การควบคุมที่กำหนดโดยกฎหมาย”^๒ ดังนี้ ผู้ตรากฎหมายจึงชอบที่จะจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการได้ หากเป็นไปเพื่อเหตุผลเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวมหรือเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับ “ข้อเรียกร้องทางรัฐธรรมนูญ”^๓ อย่างไรก็ดี ใ้ว่าผู้ตรากฎหมายจะจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการได้ตามอำเภอใจ เพราะคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบด้วยว่าข้อจำกัดที่กฎหมายกำหนดนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งมีข้อสังเกตว่า แนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีพัฒนาการไปในทางที่คุ้มครองเสรีภาพในการประกอบกิจการมากขึ้นเรื่อย ๆ โดยในช่วงแรก คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบแต่เพียงว่าข้อจำกัดที่กฎหมายกำหนดนั้นมีผลกระทบต่อขนาดที่เปลี่ยนแปลงสาระของเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือไม่ แต่ในช่วงหลัง การตรวจสอบมีความลึกซึ้งและเคร่งครัดยิ่งขึ้น โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะพิจารณาว่า ข้อจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการนั้น ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่ ซึ่งหากปรากฏว่า ไม่ได้สัดส่วน

*โดย นายศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ หัวหน้าคณะทำงานศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย

^๑Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982.

^๒Décision n°82-141 DC du 27 juillet 1982.

^๓“ข้อเรียกร้องทางรัฐธรรมนูญ” (“exigences constitutionnelles”) หมายถึง บรรดาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือหลักที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญทั้งหลาย ซึ่งผู้ตรากฎหมายชอบที่จะใช้เป็นเหตุผลในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการได้

^๔Décision n°89-254 DC du 4 juillet 1989.

หรือเกินสมควรแก่เหตุเมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมาย ก็จะวินิจฉัยว่า ข้อจำกัดที่ผู้ตรากฎหมายกำหนดนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ^๕ นอกจากนี้ ข้อจำกัดที่กฎหมายกำหนดจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอนด้วย หากเงื่อนไขในการพิจารณาอนุญาตไม่ชัดเจนแน่นอน ย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดต่อบทบัญญัติมาตรา ๓๔ ของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้กฎหมายกำหนดหลักประกันขั้นพื้นฐานแก่พลเมืองในการใช้เสรีภาพสาธารณะ^๖ (ทั้งยังขัดต่อหลักว่าด้วยการเข้าถึงและเข้าใจกฎหมายที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญเช่นกัน)

นอกจากเสรีภาพในการประกอบกิจการแล้ว ระบบกฎหมายฝรั่งเศสยังยอมรับว่า บุคคลมี “เสรีภาพในการประกอบพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม” (liberté du commerce et de l'industrie) เสรีภาพดังกล่าวมีขอบเขตที่กว้างขวางกว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการ เนื่องจากมีองค์ประกอบสองส่วน ส่วนแรก คือ การประกอบกิจการอย่างเสรี (libre entreprise) ซึ่งมีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญ และส่วนที่สอง คือ การแข่งขันอย่างเสรี (libre concurrence) ซึ่งไม่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญในตัวเอง (แต่จะได้รับการคุ้มครองผ่านหลักอื่น ๆ เช่น หลักความเสมอภาค เช่น กรณีการประกวดราคา หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดจะเคารพต่อหลักความเสมอภาคต่อเมื่อเปิดโอกาสให้ผู้เสนอราคาได้แข่งขันกันอย่างเสรี^๗) ปัจจุบัน ยังไม่เป็นที่ชัดเจนว่าเสรีภาพในการประกอบพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมมีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยเคยมีกรณีที่ผู้ร้องได้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมิได้วินิจฉัยประเด็นนี้โดยตรง^๘

๒. รูปแบบของมาตรการในการควบคุมการประกอบกิจการ

กรณีที่มีการประกอบกิจการในเรื่องใดอาจมีผลกระทบต่อประโยชน์ของส่วนรวม ความสงบเรียบร้อยสาธารณะ หรือประโยชน์ของบุคคลอื่น ผู้ตรากฎหมายชอบที่จะจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการนั้นได้ โดยอาจห้ามกิจการนั้นโดยเด็ดขาด (interdiction pure et simple) หรืออาจเป็นการห้ามโดยมีข้อยกเว้น (interdiction avec dérogations) หรืออาจกำหนดมาตรการควบคุมการประกอบกิจการ ซึ่งมาตรการควบคุมในเรื่องต่าง ๆ มีรูปแบบที่หลากหลาย โดยมาตรการหลักได้แก่ การอนุญาต และการแจ้งก่อนดำเนินการ

๒.๑ การอนุญาตและมาตรการอื่นที่มีผลคล้ายคลึงกัน

การอนุญาต (autorisation) เป็นวิธีการที่รัฐยินยอมให้บุคคลดำเนินการในเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐก่อน โดยออก “ใบอนุญาต” (ซึ่งส่วนใหญ่เรียกว่า “licence” หรือ “permis”) ให้แก่ผู้ได้รับอนุญาต ทั้งนี้ กฎหมายอาจกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมี “อำนาจผูกพัน” (compétences liées) ที่จะต้องอนุญาต หากผู้ขออนุญาตมีเงื่อนไขครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด หรือกฎหมายอาจกำหนดให้เจ้าหน้าที่มี “อำนาจดุลพินิจ” (pouvoir d'appréciation) ที่จะพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตก็ได้ แล้วแต่จะเห็นสมควร

^๕Décision n°2000-436 DC du 7 décembre 2000 : การที่กฎหมายมีวัตถุประสงค์รักษาไว้ซึ่งความหลากหลายของกิจการพาณิชย์ในย่านชุมชนต่าง ๆ ถือเป็นวัตถุประสงค์เกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวม แต่การที่ผู้ตรากฎหมายกำหนดให้ต้องมีการอนุญาตโดยฝ่ายปกครองก่อนการเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์อาคารพาณิชย์ซึ่งมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงลักษณะของการประกอบกิจการ ถือว่าเป็นผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินและเสรีภาพในการประกอบกิจการของบุคคลที่ไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

^๖Décision n°2000-435 DC du 7 décembre 2000.

^๗Décision n°2001-450 DC du 11 juillet 2001.

^๘Décision n°81-129 DC du 30-31 octobre 1981.

ระบบอนุญาตเป็นมาตรการควบคุมที่เคร่งครัด เพราะผู้ยื่นคำขอจะเริ่มดำเนินการใด ๆ ได้ ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ การอนุญาตจึงเป็น “การควบคุมก่อนหน้า” (*contrôle a priori*) ที่ใช้กับการดำเนินการที่อาจมีผลกระทบใหญ่หลวงต่อประโยชน์ของส่วนรวม โดยเฉพาะความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยและสุขอนามัยของประชาชน หรือสิ่งแวดล้อม^๙

นอกจากการอนุญาตแล้ว ยังมีมาตรการควบคุมอื่น ๆ ที่มีผลคล้ายคลึงกับการอนุญาต เช่น การรับรองหรือการขึ้นทะเบียน

การรับรอง (agrément)^{๑๐} เป็นมาตรการที่เหมือนกับการอนุญาตตรงที่เป็น “การควบคุมก่อนหน้า” โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอและเงื่อนไขต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดก่อนพิจารณาให้การรับรองผู้ยื่นคำขอ จากนั้น ผู้ได้รับการรับรองจึงจะมีสิทธิตามกฎหมาย ซึ่งโดยส่วนใหญ่ กฎหมายจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจดุลพินิจที่จะให้การรับรองหรือไม่ก็ได้ตามความเหมาะสม ขณะเดียวกัน การรับรองก็เป็นกลไกที่มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากการอนุญาต กล่าวคือ ขณะที่การอนุญาตใช้กับการดำเนินการที่เป็นผลประโยชน์ของเอกชนโดยแท้ เช่น การประกอบกิจการต่าง ๆ การรับรองมักจะใช้กับเรื่องที่เป็นภารกิจเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม (*mission d'intérêt général*) ที่รัฐประสงค์จะควบคุมดูแล แต่เนื่องจากเป็นเรื่องทางเทคนิค รัฐจึงมอบหมายให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการนั้นผ่านกลไกการรับรอง เช่น การรับรองสหพันธ์กีฬา การรับรองห้องปฏิบัติการตรวจสอบเหล้าองุ่น การรับรองศูนย์ผสมพันธุ์เทียม โคกระบือ การรับรองศูนย์ป้องกันโรคมะเร็ง ฯลฯ หรือบางกรณีอาจเป็นการรับรองผู้ประกอบการวิชาชีพต่าง ๆ เช่น สถาปนิก ผู้สอบบัญชี ครูโรงเรียนอนุบาล ฯลฯ นอกจากนี้ การรับรองยังมีข้อแตกต่างจากการอนุญาตตรงที่มีผลเป็นการให้สิทธิประโยชน์พิเศษแก่ผู้ได้รับการรับรองด้วย ไม่ว่าจะเป็นสิทธิประโยชน์ทางภาษี การได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐ การมีสิทธิตามกฎหมายเพิ่มขึ้น เช่น สิทธิในการรับเงินบริจาคสำหรับสมาคมที่ได้รับการรับรอง (ขณะที่สมาคมที่เพียงแต่จดทะเบียนต่อทางราชการไม่มีสิทธิที่จะรับเงินบริจาค) สิทธิในการฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสมาชิก (เช่น กรณีสมาคมคุ้มครองผู้บริโภคที่ได้รับการรับรอง) การมีอำนาจจัดทำภารกิจบางอย่าง เช่น สหพันธ์กีฬาที่ได้รับการรับรองที่สามารถจัดการแข่งขันกีฬาซึ่งมีการให้รางวัลได้ หรือสิทธิในการมีส่วนร่วมในการดำเนินงานของรัฐ เช่น สมาคมอนุรักษ์ธรรมชาติระดับท้องถิ่นที่ได้รับการรับรอง หน่วยงานของรัฐจะต้องปรึกษาหารือหรือรับฟังความคิดเห็นของสมาคมดังกล่าวก่อนการจัดทำผังการใช้ประโยชน์ที่ดินในเขตเทศบาล และบางกรณีองค์กรที่ได้รับการรับรองอาจได้รับอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง เช่น บริษัทเอกชนที่มีอำนาจออกใบรับรองการเดินอากาศสำหรับอากาศยานเอกชน รวมตลอดถึงการมีอำนาจผูกขาดการประกอบกิจการในเขตพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง เช่น กรณีของศูนย์ป้องกันโรคมะเร็ง

ส่วนการขึ้นทะเบียน (enregistrement) มองกันว่าเป็น “ระบบอนุญาตแบบลดรูป” (“*autorisation simplifiée*”) ที่มีขั้นตอนการพิจารณาเรียบง่ายและกระชับกว่าการอนุญาต ซึ่งทำให้การประกอบกิจการของเอกชนเป็นไปโดยสะดวกรวดเร็วยิ่งขึ้น การขึ้นทะเบียนใช้อยู่ในหลายเรื่อง เช่น การควบคุมกิจการที่อาจก่อผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (*installations classées*

^๙แต่เชื่อว่าในเรื่องดังกล่าว จะต้องใช้ระบบอนุญาตเพียงเท่านั้น หากกิจการที่กฎหมายประสงค์จะควบคุมอาจมีผลกระทบไม่มากนักหรือมีความเสี่ยงน้อย ก็อาจใช้มาตรการอื่นแทนการอนุญาตได้ ดังที่จะได้ยกตัวอย่างในรายละเอียดต่อไป

^{๑๐}เนื้อหาในส่วนนี้สรุปจาก BERTRAND (C.), “*L’agrément en droit public*”, (Clermont-Ferrand : Presses Universitaires de la Faculté de Droit Université d’Auvergne - L.G.D.J., 1999)

pour la protection de l'environnement) กฎหมายกำหนดให้มีการขึ้นทะเบียนก่อนประกอบกิจการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ขณะที่การประกอบกิจการที่มีผลกระทบมากจะต้องขออนุญาตก่อนเริ่มประกอบกิจการ การขึ้นทะเบียนมีกระบวนการที่เรียบง่ายกว่าระบบอนุญาตตรงที่ไม่มีขั้นตอนการศึกษาผลกระทบ (étude d'impact) และการไต่สวนสาธารณะ (enquête publique) ซึ่งอาจใช้เวลานาน เพียงแต่ผู้ยื่นขอขึ้นทะเบียนต้อง “ให้ข้อมูลเกี่ยวกับผลกระทบที่มีนัยสำคัญต่อสิ่งแวดล้อม” (description des incidences notables sur l'environnement) เพื่อที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะได้ใช้ประกอบการพิจารณาขึ้นทะเบียน^{๑๑} ในช่วงหลังได้มีการนำระบบขึ้นทะเบียนมาใช้แทนระบบอนุญาตในหลายเรื่อง โดยเฉพาะกิจการควบคุมที่อาจก่อผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ได้มีการปรับปรุงบัญญัติกิจการควบคุมฯ โดยยกเลิกระบบอนุญาตและใช้ระบบขึ้นทะเบียนแทนที่ในหลายกรณีด้วยกัน เช่น การประกอบกิจการเลี้ยงสุกร (รัฐกฤษฎีกา ฉบับที่ ๒๐๑๓-๑๓๐๑ ลงวันที่ ๒๗ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๑๓^{๑๒}) หรือการเปิดสถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิง (รัฐกฤษฎีกา ฉบับที่ ๒๐๑๖-๖๓๐ ลงวันที่ ๑๙ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๑๖^{๑๓})

๒.๒ การแจ้งก่อนดำเนินการ

การแจ้งก่อนดำเนินการ (déclaration préalable à l'exercice d'une activité) เป็นมาตรการควบคุมอีกรูปแบบหนึ่งที่ใช้กันมาก โดยในส่วนของ การประกอบกิจการต่าง ๆ กฎหมายจะกำหนดให้บุคคลที่ประสงค์จะประกอบกิจการต้องแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้ทราบก่อน จึงจะเริ่มประกอบกิจการนั้นได้ โดยทั่วไปแล้ว เมื่อมีการแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ เจ้าหน้าที่ที่ต้องออก “ใบรับแจ้ง” (récépissé) เพื่อเป็นหลักฐานให้แก่ผู้แจ้ง และผู้แจ้งย่อมมีสิทธิประกอบกิจการนับแต่เวลานั้น การแจ้งจึงเป็นเพียงการ “ให้ข้อมูล” แก่ฝ่ายปกครองว่า มีการประกอบกิจการ ณ ที่ใด ใครเป็นผู้ดำเนินการ เพื่อที่ฝ่ายปกครองจะได้ “สอดส่องดูแล” การประกอบกิจการนั้นให้ถูกต้องตามกฎหมายต่อไป อันเป็น “การควบคุมในภายหลัง” (contrôle a posteriori) นอกจากนี้ บางกรณีการแจ้งอาจมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ข้อมูลแก่บุคคลสามหรือประชาชนทั่วไปด้วย โดยกฎหมายอาจกำหนดให้มีการประกาศใบรับแจ้งโดยการพิมพ์เผยแพร่หรือปิดประกาศ และกำหนดถึงผลของการประกาศใบรับแจ้ง เช่น จะมีผลต่อการให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้แจ้งหรือไม่ อย่างไร

^{๑๑}ได้มีการแก้ไขกฎหมายกำหนดให้มี “การให้ข้อมูลเกี่ยวกับผลกระทบที่มีนัยสำคัญต่อสิ่งแวดล้อม” ประกอบการยื่นขอขึ้นทะเบียนเพื่อประกอบกิจการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม โดยรัฐกฤษฎีกา ฉบับที่ ๒๐๑๕-๑๖๑๔ ลงวันที่ ๙ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ (Décret n°2015-1614 du 9 décembre 2015 modifiant et simplifiant le régime des installations classées pour la protection de l'environnement) ที่แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา R. 512-46-3 แห่งประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม (code de l'environnement) ซึ่งการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวเป็นไปเพื่อให้สอดคล้องกับข้อกำหนดของสหภาพยุโรปว่าด้วยการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมของโครงการภาครัฐและภาคเอกชนบางประเภท (directive 2011/92/UE)

^{๑๒}Décret n°2013-1031 du 27 décembre 2013 modifiant la nomenclature des installations classées pour la protection de l'environnement. (รัฐกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวได้กำหนดให้การประกอบกิจการเลี้ยงสุกรจำนวน ๔๕๐ - ๒,๐๐๐ ตัว ต้องขึ้นทะเบียนกับทางราชการก่อน จากเดิมที่เคยกำหนดให้ต้องขออนุญาต ส่วนการเลี้ยงสุกรตั้งแต่ ๒,๐๐๐ ตัวขึ้นไป ยังคงต้องขออนุญาตก่อนประกอบกิจการ และกรณีเลี้ยงสุกรจำนวน ๕๐ - ๔๕๐ ตัว กำหนดให้แจ้งต่อทางราชการก่อนดำเนินการเท่านั้น)

^{๑๓}Décret n°2016-630 du 19 mai 2016 modifiant la nomenclature des installations classées pour la protection de l'environnement.

เมื่อการออกใบรับแจ้งเป็นไปโดยอัตโนมัติ และผู้แจ้งสามารถประกอบกิจการได้โดยทันที การแจ้งจึงเป็นกลไกที่กระทบต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการของบุคคลน้อยกว่าระบบอนุญาตและเอื้อต่อการลงทุนและการประกอบธุรกิจที่สามารถดำเนินการได้อย่างสะดวกรวดเร็ว เพราะไม่ต้องรอผลการพิจารณาของทางราชการก่อนดำเนินการ นอกจากนี้ การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจพิจารณาที่จะรับแจ้งหรือไม่รับแจ้ง แต่ผู้กผันให้ต้องออกใบรับแจ้ง ทำให้ไม่มีความเสี่ยงที่จะมีการใช้ “ดุลพินิจ” โดยไม่เป็นธรรมโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลอันขัดต่อหลักความเสมอภาค ซึ่งแตกต่างจากระบบอนุญาตที่เจ้าหน้าที่มีอำนาจพิจารณาที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาต โดยบางกรณีเจ้าหน้าที่มีดุลพินิจที่จะวินิจฉัยสั่งการได้ตามที่เห็นสมควร โดยสรุป ในระบบอนุญาต ฝ่ายปกครองมีบทบาทเชิงรุกซึ่งอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ ขณะที่ในระบบแจ้งก่อนดำเนินการนั้น ฝ่ายปกครองมีบทบาทเชิงรับโดยเพียงแต่ “รับทราบ” ความประสงค์ของผู้ที่ต้องการดำเนินการเรื่องที่ถูกกฎหมายกำหนดให้แจ้ง^{๑๔}

อย่างไรก็ดี บางกรณี กฎหมายอาจบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจตรวจสอบก่อนออกใบรับแจ้งได้ เช่น ตรวจสอบว่าการแจ้งนั้นมีรายละเอียดครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ หากไม่ครบถ้วน ก็อาจปฏิเสธไม่ออกใบรับแจ้งได้ และกรณีที่มีเหตุผลพิเศษ กฎหมายอาจบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจคัดค้านการแจ้ง (pouvoir d'opposition à la déclaration) ภายในระยะเวลาที่กำหนดได้ด้วย ซึ่งจะมีผลคล้ายกับระบบอนุญาต เพราะการคัดค้านการแจ้งจะมีผลทำให้ผู้แจ้งต้องหยุดประกอบกิจการ นอกจากนี้ กฎหมายอาจบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจออกข้อกำหนดพิเศษให้ผู้แจ้งปฏิบัติตาม เช่น ในการควบคุมการประกอบกิจการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมบางประเภท ผู้ว่าราชการจังหวัด (préfet) มีอำนาจออกข้อกำหนดให้ผู้แจ้งประกอบกิจการปฏิบัติตามได้

กฎหมายอาจกำหนดให้การแจ้งเป็นแบบบังคับ คือ ต้องมีการแจ้งต่อทางราชการก่อนเริ่มดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออาจเป็นการแจ้งแบบเพื่อเลือก คือ จะแจ้งหรือไม่แจ้งก็ได้ แต่การแจ้งจะมีผลทางกฎหมายให้ผู้แจ้งได้รับสิทธิประโยชน์บางประการ เป็นต้นว่า ให้มีความสามารถทางกฎหมาย (capacité juridique) เช่น ในเรื่องสมาคม กฎหมายมิได้บังคับให้ต้องแจ้งต่อทางราชการก่อนก่อตั้งสมาคม เพียงแต่การแจ้งจะมีผลทำให้สมาคมมีความสามารถทางกฎหมายเท่านั้น ส่วนการแจ้งแบบบังคับจะใช้กับเรื่องที่รัฐจำเป็นต้องควบคุมกำกับ ส่วนใหญ่การแจ้งจึงเป็น “เงื่อนไข” ก่อนเริ่มประกอบกิจการโดยถูกต้องตามกฎหมาย แต่บางกรณีการแจ้งแบบบังคับอาจมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้ข้อมูลในเชิงสถิติแก่ฝ่ายปกครอง หรือมีผลทางกฎหมายเพียงให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้แจ้งเท่านั้นก็ได้

จะเห็นได้ว่า มาตรการควบคุมที่กฎหมายกำหนดอาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลใน “ระดับ” ที่แตกต่างกันออกไป มาตรการที่มีผลกระทบรุนแรง ได้แก่ บรรดามาตรการที่มีลักษณะเป็นการควบคุมก่อนหน้า ไม่ว่าจะเป็นการอนุญาต การรับรอง หรือการขึ้นทะเบียน ซึ่งบุคคลจะมีสิทธิตามกฎหมายต่อเมื่อได้รับอนุญาต ได้รับการรับรอง หรือขึ้นทะเบียนแล้ว โดยฝ่ายปกครองอาจมีดุลพินิจที่จะพิจารณาสั่งการได้ตามที่เห็นสมควร ส่วนการแจ้งก่อนดำเนินการเป็นกลไกที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลค่อนข้างน้อย เพราะการออกใบรับแจ้งเป็นไปโดยอัตโนมัติ และฝ่ายปกครองจะควบคุมตรวจสอบการดำเนินการในภายหลัง ยกเว้นบางกรณีที่กฎหมาย

^{๑๔}M'SAÏDIÉ (T.), “La déclaration préalable à l'exercice d'une activité”, A.J.D.A. 2013, pp. 514-521.

อาจให้อำนาจฝ่ายปกครองคัดค้านการแจ้งได้ภายในเวลาที่กำหนด ทั้งนี้ ในการเลือกใช้ระบบแจ้งหรือระบบอนุญาตนั้น ผู้ตรากฎหมายจะคำนึงถึงผลกระทบของการดำเนินการต่อประโยชน์ของส่วนรวมเป็นสิ่งสำคัญ ตัวอย่างเช่น กรณีการเปิดสระว่ายน้ำสำหรับประชาชนใช้ร่วมกัน กฎหมายกำหนดเพียงให้แจ้งก่อนเปิดดำเนินการ^{๑๕} หรือกรณีโครงการที่อาจก่อผลกระทบต่อทรัพยากรน้ำและระบบนิเวศน์ทางน้ำ กฎหมายกำหนดให้ใช้ระบบแจ้งหรือระบบอนุญาต แล้วแต่กรณี ขึ้นอยู่กับระดับความร้ายแรงของผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น (หากผลกระทบไม่ร้ายแรง ใช้ระบบแจ้ง แต่ถ้าผลกระทบร้ายแรง ใช้ระบบอนุญาต)^{๑๖} โดยปัจจุบัน มีแนวคิดที่จะใช้ระบบอนุญาตเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นและนำมาตราการอื่นมาใช้แทนระบบอนุญาต โดยเฉพาะระบบแจ้งก่อนดำเนินการ

๓. หลักในการใช้ระบบอนุญาต

สภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ในฐานะองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจพิจารณา ร่างกฎหมาย^{๑๗} ได้ให้แนวทางในการพิจารณากำหนดมาตรการควบคุมในกฎหมายไว้ใน **“คู่มือการร่างกฎหมาย”** (guide de légistique)^{๑๘} สรุปได้ว่า บรรดามาตรการควบคุมต่าง ๆ นั้น ผู้ตรากฎหมายพึงนำมาใช้เท่าที่จำเป็น และผลกระทบที่จะเกิดแก่สิทธิเสรีภาพของบุคคลจะต้องได้สัดส่วนกับประโยชน์ของส่วนรวมที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง ซึ่งหากเป็นไปได้ ผู้ตรากฎหมายควรเลือกใช้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการมากกว่าระบบอนุญาต ส่วนระบบอนุญาตชอบที่จะนำมาใช้ในกรณีที่มีความจำเป็นจริง ๆ เท่านั้น ซึ่งหากจำเป็นต้องใช้ระบบอนุญาต สมควรกำหนดกรอบการใช้อำนาจพิจารณาอนุญาตของเจ้าหน้าที่ไว้ด้วย และกระบวนการพิจารณาอนุญาตจะต้องชัดเจน โปร่งใส และสร้างภาระแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องน้อยที่สุด ทั้งนี้ หลักดังกล่าวชอบที่จะนำไปใช้กับมาตรการอื่น ๆ ที่มีผลคล้ายคลึงกับการอนุญาตด้วย ไม่ว่าจะเป็นการรับรองหรือการขึ้นทะเบียน

๓.๑ ใช้ระบบอนุญาตเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็น

โดยที่ระบบอนุญาตมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการของบุคคลค่อนข้างมาก จึงมีหลักว่าผู้ตรากฎหมายพึงนำระบบอนุญาตมาใช้เฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นเท่านั้น หลักนี้ปรากฏอย่างชัดเจนในข้อกำหนดของสหภาพยุโรปว่าด้วย **“บริการในตลาดภายใน”** (directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services du marché intérieur) หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า **“ข้อกำหนดบริการ”** (“directive services”) หรือ **“ข้อกำหนด Bolkestein”** ตามชื่อของนาย Frits BOLKESTEIN กรรมการยุโรปด้านตลาดภายในและบริการ ผู้ผลักดันข้อกำหนดดังกล่าว^{๑๙} ข้อกำหนดนี้ใช้บังคับแก่การประกอบ

^{๑๕} ประมวลกฎหมายสาธารณสุข (code de la santé publique) มาตรา L ๑๓๓๒-๑ และประมวลกฎหมายการกีฬา (code du sport) มาตรา A ๓๒๒-๔ : แจ้งต่อเทศบาลอย่างน้อยสองเดือนก่อนวันเริ่มเปิดใช้สระว่ายน้ำ

^{๑๖} ประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม (code de l'environnement) มาตรา L ๒๑๔-๒

^{๑๗} สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสเป็นองค์กรที่มีความสำคัญต่อการบริหารราชการแผ่นดิน โดยทำหน้าที่ใน ๒ ฐานะ ฐานะหนึ่งเป็นที่ปรึกษากฎหมายของฝ่ายบริหารโดยตรวจพิจารณาร่างกฎหมายและให้ความเห็นทางกฎหมาย ซึ่งอาจเทียบได้กับคณะกรรมการกฤษฎีกาของประเทศไทย อีกฐานะหนึ่ง ทำหน้าที่เป็นองค์กรวินิจฉัยคดีพิพาททางปกครอง ซึ่งอาจเทียบได้กับศาลปกครองสูงสุดของประเทศไทย

^{๑๘} <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique>

^{๑๙} Frits BOLKESTEIN เป็นอดีตนักรการเมืองชาวเนเธอร์แลนด์ ผู้นำพรรคประชาชนเพื่อเสรีภาพและประชาธิปไตย (Volkspartij voor Vrijheid en Democratie - VVD) ซึ่งเป็นพรรคขวากลางที่มโนนโยบายเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม

กิจการที่เป็น “บริการ” (services)^{๒๐} โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้าง “ตลาดภายใน” ที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวในสหภาพยุโรป โดยผู้ประกอบการบริการจากรัฐภาคีสามารถประกอบกิจการได้อย่างเสรีในเขตตลาดภายใน อันจะเป็นการส่งเสริมการลงทุนและการสร้างงานซึ่งจะส่งผลดีต่อการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศต่าง ๆ ในสหภาพยุโรป ข้อกำหนดดังกล่าวได้กำหนดมาตรการในการลดความซับซ้อนในการพิจารณาของทางราชการเพื่อขจัดอุปสรรคในการประกอบกิจการของเอกชน โดยเรื่องหนึ่งที่กำหนดไว้และมีความสำคัญ คือ การจำกัดการใช้ระบบอนุญาตให้น้อยที่สุด โดยมาตรา ๙ กำหนดให้รัฐภาคีสามารถนำระบบอนุญาตมาใช้ในการประกอบกิจการบริการได้ต่อเมื่อมีเงื่อนไขดังต่อไปนี้ครบถ้วน

(๑) การใช้ระบบอนุญาตไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ประกอบการบริการที่เกี่ยวข้อง

(๒) มีความจำเป็นต้องใช้ระบบอนุญาตเนื่องด้วย “เหตุผลอันสำคัญยิ่งเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวม” (“raison impérieuse d'intérêt général”) (มาตรา ๔ ของข้อกำหนดฯ ได้ให้ความหมายของ “เหตุผลอันสำคัญยิ่งเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวม” ว่าหมายถึง เหตุผลที่แนวคำวินิจฉัยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปยอมรับว่ามีลักษณะเช่นนั้น ซึ่งรวมถึงเหตุผลดังต่อไปนี้ : ความสงบเรียบร้อยสาธารณะ ความปลอดภัยของประชาชน สุขอนามัยของประชาชน การรักษาความสมดุลทางการเงินของระบบสวัสดิการสังคม การคุ้มครองผู้บริโภค ผู้รับบริการ และผู้จ้างงาน ความซื่อตรงในการทำธุรกรรม การต่อต้านการฉ้อฉล การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและสิ่งแวดล้อมเมือง สุขอนามัยของสัตว์ ทรัพย์สินทางปัญญา การอนุรักษ์มรดกทางประวัติศาสตร์และทางศิลปะของชาติ วัตถุประสงค์ของนโยบายทางสังคม และวัตถุประสงค์ของนโยบายทางวัฒนธรรม)

(๓) ไม่มีมาตรการอื่นที่มีผลกระทบน้อยกว่าอันจะทำให้บรรลุเป้าหมายที่กำหนดไว้ได้ โดยเฉพาะกรณีที่ระบบการควบคุมในภายหลัง จะเป็นการล่าช้าเกินกว่าที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพอย่างแท้จริง

ทั้งนี้ ในคู่มือการร่างกฎหมาย สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสได้มีคำแนะนำให้ผู้ร่างกฎหมายคำนึงถึงเงื่อนไขสามประการข้างต้นในการพิจารณากำหนดระบบอนุญาตสำหรับการประกอบกิจการที่เป็น “บริการ” ตามนัยข้อกำหนดบริการของสหภาพยุโรป แนวทางการใช้ระบบอนุญาตดังกล่าวสอดคล้องกับ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” (principe de proportionnalité) ที่เรียกร้องให้กฎเกณฑ์ที่รัฐจะตรารัฐขึ้นใช้บังคับ จะต้องไม่มีลักษณะที่ไม่สมเหตุสมผล ไร้ซึ่งความจำเป็น หรือเกินสมควรแก่เหตุ เมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมาย ซึ่งหลักความพอสมควรแก่เหตุนี้เป็นหนึ่งใน “หลักการลดความซับซ้อนของกฎหมาย” (principes de la simplification du droit) ตามที่คณะทำงานร่วมระหว่างกระทรวงว่าด้วยคุณภาพของกฎหมายได้เคยเสนอแนะไว้ในรายงานที่จัดทำเสนอรัฐบาลฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๐๒^{๒๑}

^{๒๐}ข้อกำหนดได้ให้ความหมายของคำว่า “บริการ” ไว้กว้าง ว่า หมายถึง กิจกรรมทางเศรษฐกิจใด ๆ ที่ไม่ได้ทำโดยมีเงินเดือนประจำ แต่เป็นการประกอบกิจการที่มีค่าตอบแทน

^{๒๑}MANDELKERN (D.), Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation, (Paris : La Documentation française, 2002), p. 16.

๓.๒ วางกรอบการใช้อำนาจพิจารณาอนุญาตของเจ้าหน้าที่

กรณีที่ผู้ตรากฎหมายเลือกใช้ระบบอนุญาต จะต้องกำหนดหลักเกณฑ์ที่วางกรอบการใช้อำนาจพิจารณาอนุญาตของเจ้าหน้าที่ไว้อย่างรัดกุม ทั้งนี้ เกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตจะต้องเป็นไปตามหลักการในมาตรา ๑๐ ของ “ข้อกำหนดบริการ” ของสหภาพยุโรป ที่กำหนดว่าระบบอนุญาตในเรื่องหนึ่งจะต้องตั้งอยู่บนเกณฑ์พิจารณาที่ ตีกรอบการใช้อำนาจพิจารณาของเจ้าหน้าที่ เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดย เกณฑ์พิจารณา (critères) ในการพิจารณาอนุญาตจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

- (๑) ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ
- (๒) ต้องมีเหตุผลอันสำคัญยิ่งเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวมรองรับ
- (๓) ได้สัดส่วนกับประโยชน์ของส่วนรมนั้น
- (๔) ชัดเจนและไม่คลุมเครือ
- (๕) มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย (ไม่เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่แต่ละคนอาจตีความในแนวทางที่แตกต่างกันได้ตามมุมมองหรือความคิดเห็นของตนในลักษณะอัตวิสัย)
- (๖) มีการประกาศให้สาธารณชนทราบล่วงหน้า
- (๗) โปร่งใสและเข้าถึงได้

๓.๓ กระบวนการพิจารณาอนุญาตต้องชัดเจน โปร่งใส และสร้างภาระน้อยที่สุด

ในการกำหนดวิธีพิจารณาและแบบพิธีในการอนุญาต ผู้ตรากฎหมายชอบที่จะคำนึงถึงหลักการในมาตรา ๑๓ ของ “ข้อกำหนดบริการ” ของสหภาพยุโรป ที่กำหนดหลักเกี่ยวกับวิธีพิจารณาอนุญาตไว้ สรุปได้ว่า วิธีพิจารณาและแบบพิธีในการอนุญาตจะต้องมีความชัดเจน ประกาศให้สาธารณชนทราบล่วงหน้า และให้หลักประกันได้ว่าคำขออนุญาตจะได้รับการพิจารณาอย่างตรงไปตรงมาและเป็นกลาง นอกจากนี้ วิธีพิจารณาและแบบพิธีในการอนุญาตจะต้องไม่มีผลหวังเหนี่ยวรั้งหรือทำให้หมดแรงจูงใจในการประกอบกิจการ หรือสร้างความยุ่งยากซับซ้อนและความล่าช้าโดยไม่จำเป็นแก่การประกอบกิจการ รวมทั้งต้องเข้าถึงได้ง่าย และภาระค่าใช้จ่ายสำหรับผู้ยื่นขออนุญาตจะต้องพอสมควรแก่เหตุและได้สัดส่วนกับต้นทุนของขั้นตอนต่าง ๆ ในการพิจารณาอนุญาตและไม่สูงเกินต้นทุนนั้น

ในเรื่องระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาต จะต้องเป็นหลักประกันว่าคำขออนุญาตจะได้รับการพิจารณาโดยเร็วที่สุด หรือภายในระยะเวลาอันสมควรที่กำหนดไว้ล่วงหน้าและประกาศให้สาธารณชนทราบ โดยระยะเวลาจะเริ่มนับเมื่อมีการยื่นเอกสารโดยถูกต้องครบถ้วน กรณีที่คำขอไม่ครบถ้วน จะต้องแจ้งโดยเร็วที่สุดให้ผู้ยื่นคำขอยื่นเอกสารเพิ่มเติม และแจ้งให้ทราบถึงผลต่อการนับระยะเวลาด้วย สำหรับเรื่องที่มีความยุ่งยากซับซ้อน อาจมีการขยายระยะเวลาในการพิจารณาออกไปได้ไม่เกินหนึ่งครั้งและมีกำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จ โดยให้เหตุผลประกอบการขยายระยะเวลา รวมทั้งกำหนดระยะเวลาที่ขยายออกไปและแจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบก่อนครบกำหนดระยะเวลาเดิมด้วย ทั้งนี้ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่มิได้วินิจฉัยสั่งการใด ๆ ภายในระยะเวลาที่กำหนดหรือที่ได้ขยายออกไป ให้ถือว่ามีการอนุญาต (โดยปริยาย) อย่างไรก็ตาม อาจกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้แตกต่างออกไปได้ หากมีเหตุผลอันสำคัญยิ่งเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวมหรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลที่สาม นอกจากนี้ เมื่อเจ้าหน้าที่ได้รับคำขออนุญาตแล้ว ต้องมีการออกไปรับคำขอโดยเร็วที่สุด

โดยใบรับคำขอจะต้องระบุระยะเวลาในการพิจารณา วิธีการโต้แย้งคำสั่ง รวมทั้งมีข้อความที่ระบุว่า กรณีที่เจ้าหน้าที่มีมติวินิจฉัยสั่งการใด ๆ ภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้ถือว่ามีการอนุญาต (หากเป็น กรณีที่ใช้ระบบอนุญาตโดยปริยาย)

มีข้อสังเกตว่า หลักการของ “ข้อกำหนดบริการ” ของสหภาพยุโรปในส่วน ที่เกี่ยวกับ “ระบบอนุญาตโดยปริยาย” ในมาตรา ๑๓ นี้ มีอิทธิพลต่อกฎหมายภายในของบรรดา รัฐภาคีอย่างมาก โดยหลายประเทศได้หันมาใช้กลไกดังกล่าวมากขึ้น และบางประเทศ เช่น ฝรั่งเศส ถึงกับกำหนดหลักการใหม่ว่า “การนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองมีผลเท่ากับเห็นชอบ” (principe du silence valant acceptation) โดยประมวลกฎหมายว่าด้วยการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและ หน่วยงานทางปกครอง (code des relations entre le public et l’administration - CRPA)^{๒๒} ได้กำหนดว่า การที่หน่วยงานทางปกครองที่ได้รับคำขอนิ่งเฉยเป็นเวลาสองเดือนมีผลเท่ากับเห็นชอบ กับคำขอ (มาตรา L ๒๓๑-๑) แต่มีข้อยกเว้นว่า การนิ่งเฉยเป็นเวลาสองเดือนของหน่วยงานทาง ปกครองมีผลเป็นการปฏิเสธคำขอในกรณีดังต่อไปนี้ (๑) เมื่อคำขอนั้นมิได้มุ่งหมายให้มีการออกคำสั่ง ที่มีลักษณะเป็นคำสั่งเฉพาะราย (๒) เมื่อคำขอนั้นไม่มีวิธีพิจารณาที่กำหนดในบทบัญญัติกฎหมาย ของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร หรือมีลักษณะเป็นคำร้องเรียนหรือคำอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง (๓) เป็นคำขอเกี่ยวกับเงิน ยกเว้นเรื่องเกี่ยวกับสวัสดิการสังคมตามที่กำหนดในรัฐกฤษฎีกา (๔) กรณี ที่การเห็นชอบโดยปริยายจะไม่สอดคล้องกับการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศหรือตาม กฎหมายของสหภาพยุโรป การรักษาความมั่นคงแห่งชาติ การคุ้มครองเสรีภาพและหลักที่มีค่าบังคับ ระดับรัฐธรรมนูญ และการรักษาความสงบเรียบร้อยสาธารณะ และ (๕) เรื่องในความสัมพันธ์ระหว่าง หน่วยงานทางปกครองกับเจ้าหน้าที่ในสังกัด ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในรัฐกฤษฎีกาที่ผ่านการพิจารณา ของสภาแห่งรัฐ (มาตรา L ๒๓๑-๔) นอกจากนี้ อาจมีการตรารัฐกฤษฎีกาที่ผ่านการพิจารณาของ สภาแห่งรัฐและคณะรัฐมนตรีเพื่อยกเว้นไม่ใช้บังคับหลักที่ว่า การนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองมีผลเท่ากับ เห็นชอบกับคำขอได้ หากมีเหตุผลเกี่ยวกับเนื้อหาของคำสั่งในกรณีนั้น ๆ หรือเหตุผลเกี่ยวกับการ ปฏิบัติราชการที่ดี (มาตรา L ๒๓๑-๕) และกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนหรือวิธีพิจารณาเรื่องมีความ ซับซ้อน อาจมีการกำหนดระยะเวลาในการเกิดคำสั่งโดยปริยายไว้เป็นอื่นได้ (สั้นกว่าหรือยาวกว่า สองเดือน) โดยการตรารัฐกฤษฎีกาที่ผ่านการพิจารณาของสภาแห่งรัฐ (มาตรา L ๒๓๑-๖)

๔. การลด-เล็กระบบอนุญาตโดยผู้ตรากฎหมาย

ในฝรั่งเศส การลด-เล็กระบบอนุญาตในกฎหมายมีฐานคิดมาจากนโยบายลด ความซับซ้อนของระบบราชการ (politique de simplification administrative) ที่เริ่มมีการ ดำเนินการอย่างจริงจังนับตั้งแต่ปี ค.ศ. ๒๐๐๐ โดยที่ระบบอนุญาตของทางราชการในหลายกรณีได้ สร้างภาระและเป็นอุปสรรคแก่การประกอบธุรกิจของภาคเอกชนหรือการใช้ชีวิตของประชาชนทั่วไป รัฐบาลชุดต่าง ๆ จึงได้ดำเนินการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อยกเล็กระบบอนุญาตในเรื่องที่ไม่มีความ จำเป็นและนำมาตราการควบคุมอื่นมาใช้แทนการอนุญาต โดยเฉพาะการแจ้งก่อนดำเนินการซึ่งเป็น กลไกที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยกว่าการอนุญาต

^{๒๒} สำหรับภาพรวมเกี่ยวกับประมวลกฎหมายฉบับนี้ โปรดดู ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, “ประมวลกฎหมาย “วิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง” ของฝรั่งเศส”, www.krisdika.go.th (พฤษภาคม ๒๕๕๙)

๔.๑ สภาพปัญหาที่เกิดจากระบบอนุญาตของทางราชการ

ปัญหาการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมายถือเป็นประเด็นหนึ่งที่มีความสำคัญในกรอบของการลดความซับซ้อนของระบบราชการ ในช่วงปี ค.ศ. ๒๐๐๔-๒๐๐๕ คณะกรรมการประสานงานเพื่อผู้ใช้บริการสาธารณะและการลดความซับซ้อนของทางราชการ (Délégation aux Usagers et aux Simplifications Administratives - DUSA) ซึ่งเป็นองค์กรที่รับผิดชอบประสานการดำเนินงานของกระทรวงต่าง ๆ เกี่ยวกับการลดความซับซ้อนของทางราชการ รวมทั้งการยกร่างกฎหมายมอบอำนาจให้รัฐบาลตราข้อกำหนดเพื่อลดความซับซ้อนของกฎหมาย ได้มอบหมายให้บริษัทที่ปรึกษาหลายแห่งดำเนินการศึกษาวิเคราะห์ต้นทุนที่เกิดจากกฎหมาย (coût de la réglementation) โดยเรื่องที่ทำให้เริ่มศึกษาเป็นลำดับแรก คือ ต้นทุนต่าง ๆ ที่เกิดจาก “ระบบอนุญาตของทางราชการ” (“autorisations administratives”) ซึ่งขณะนั้นมีอยู่รวมทั้งสิ้นกว่า ๑,๒๐๐ กระบวนงาน

การศึกษาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ทราบถึงสภาพปัญหาที่เกิดจากระบบอนุญาต โดยเฉพาะภาระที่เกิดแก่ผู้ประกอบการธุรกิจหรือผู้ประกอบการวิชาชีพต่าง ๆ ซึ่งผลการศึกษาจะใช้เป็นข้อมูลเพื่อประกอบการพิจารณาถึงความเหมาะสมในการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป โดยทำที่สุดอาจมีการยกเลิกระบบอนุญาต ปรับปรุงกระบวนการอนุญาตให้เรียบง่ายยิ่งขึ้น หรือนำระบบแจ้งก่อนดำเนินการมาใช้แทนที่ระบบอนุญาต นอกจากนี้ การศึกษาในครั้งนี้ยังเป็นโอกาสในการทดลองและออกแบบ “ตัวชี้วัด” ต้นทุนที่เกิดจากกฎหมายที่รัฐตราขึ้นใช้บังคับ โดยเฉพาะต้นทุนที่เกิดจากระบบอนุญาต รวมทั้งเป็นโอกาสในการผลักดันแนวคิดใหม่ในการตรากฎหมายที่จะต้องคำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดแก่เอกชนและพยายามจำกัดผลกระทบนั้นให้เกิดขึ้นน้อยที่สุด

สำหรับขอบเขตของการศึกษา DUSA ได้เลือกระบบอนุญาตจำนวน ๑๓๐ กระบวนงาน เป็นกรณีศึกษา โดยมุ่งศึกษาเฉพาะต้นทุนของระบบอนุญาตสำหรับผู้ประกอบการที่ไม่รวมถึงต้นทุนสำหรับหน่วยงานของรัฐผู้อนุญาต โดย “ต้นทุน” ที่ศึกษาจะครอบคลุม “ต้นทุนทางธุรการ” (coûts administratifs) ทั้งค่าใช้จ่ายภายในบริษัทผู้ยื่นขออนุญาตเอง ค่าใช้จ่ายในการจ้างที่ปรึกษากฎหมายหรือที่ปรึกษาทางเทคนิคเพื่อให้คำปรึกษาในการขออนุญาต รวมทั้งค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกิดจากการขออนุญาต ตลอดจนต้นทุนในแง่ของ “เวลา” คือ ระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ โดยระเบียบวิธีในการศึกษา ใช้วิธีการรวบรวมข้อมูลและสัมภาษณ์ผู้ประกอบการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

การศึกษาของบริษัทที่ปรึกษาใช้เวลาประมาณ ๑๘ เดือนและได้ให้ข้อสรุปที่น่าสนใจ โดย Daniel FIXARI และ Frédérique PALLEZ ผู้ช่วยคณะผู้ศึกษาวิจัยได้เปิดเผยผลการศึกษา สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้^{๒๓}

ประการที่หนึ่ง การขออนุญาตในแต่ละครั้งมีค่าใช้จ่ายคิดเป็นจำนวนเงินไม่มากนัก ส่วนใหญ่ไม่กี่พันยูโร หรืออาจจะน้อยกว่านั้น เช่น ไม่กี่ร้อยยูโร จะมีบางกรณีเท่านั้นที่ค่าใช้จ่ายมีจำนวนสูงเกินหนึ่งหมื่นยูโร หรือสูงถึงห้าหมื่นยูโรหรือหนึ่งแสนยูโร ดังนั้น โดยเฉลี่ยแล้วการขออนุญาตจึงมี “ต้นทุนต่อหน่วย” (coût unitaire) ค่อนข้างต่ำ อย่างไรก็ตาม ภายใต้งบประมาณในการประเมินต้นทุนของการขออนุญาต จำต้องคำนึงถึง “ความถี่” (fréquence) ในการขออนุญาตประกอบด้วย

^{๒๓} FIXARI (D.) et PALLEZ (F.), “L’insoutenable légèreté de l’État - Une histoire de simplification administrative”, in Politiques et management public, vol 25, n°3, 2007, pp. 83-100.

เพราะบางกรณี แม้ว่าต้นทุนต่อหน่วยในการขออนุญาตจะต่ำ แต่หากในรอบหนึ่งปีจะต้องมีการขอต่ออายุการอนุญาตหลายครั้ง ต้นทุนรวมในแต่ละปีก็อาจจะเป็นเงินจำนวนสูงก็ได้

ประการที่สอง สำหรับผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้อง “ต้นทุนทางธุรการ” ซึ่งได้แก่ ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการขออนุญาต มิใช่ปัญหาที่น่าหนักใจ เพราะส่วนใหญ่คิดเป็นเงินจำนวนไม่มาก ซึ่งหากยกเลิกระบบอนุญาตไป ก็มิได้ช่วยประหยัดต้นทุนอย่างมีนัยสำคัญ แต่สิ่งที่ผู้ประกอบการธุรกิจเห็นว่าเป็น “ปัญหาใหญ่” ของระบบอนุญาต คือ **ความล่าช้า** ในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ **ความซับซ้อน** ของกระบวนการพิจารณาอนุญาต และปัญหา**ความเป็นกลาง** ของเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาอนุญาต รวมทั้ง “ความรู้สึก” ที่ว่าบางกรณีเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจและไร้เหตุผลอย่างไรก็ดี ขณะเดียวกัน ผู้ประกอบการธุรกิจก็ยอมรับว่า ระบบอนุญาตยังคงเป็นสิ่งจำเป็น เพราะเป็นหลักประกันในการควบคุมกำกับกิจการต่าง ๆ ให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม รวมทั้งช่วยป้องกันมิให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ของส่วนรวม เช่น สุขอนามัยของประชาชน สิ่งแวดล้อม ฯลฯ

ผลการศึกษาข้างต้นสะท้อนให้เห็นว่าสิ่งที่ผู้ประกอบการส่วนใหญ่ต้องการมิใช่การลดบทบาทในการควบคุมของรัฐผ่านระบบอนุญาต แต่คือการปรับปรุงระบบการทำงานของภาครัฐให้รวดเร็ว เป็นกลาง และปกป้องคุ้มครองฝ่ายต่าง ๆ มากยิ่งขึ้น สิ่งที่น่าสนใจอีกข้อหนึ่ง ก็คือปัญหาที่เกิดจากระบบอนุญาตมีความสลับซับซ้อน เพราะนอกจากต้นทุนที่เป็นค่าใช้จ่ายที่คิดเป็นตัวเงินได้แล้ว ยังมี “ต้นทุนแฝง” ที่เกิดจาก**ความล่าช้า** ในการพิจารณาอนุญาต ซึ่งยากที่จะคำนวณออกมาเป็นตัวเงิน แต่อาจกระทบต่อผู้ประกอบการเป็นอย่างมาก เช่น การขาดรายได้ การเสียลูกค้า ความล่าช้าในการพัฒนานวัตกรรม หรือการเสียเปรียบคู่แข่งทางธุรกิจ

ทั้งนี้ Daniel FIXARI และ Frédérique PALLEZ ได้เสนอความเห็นว่าการแก้ไขปัญหาด้านทุนที่เกิดจากระบบอนุญาตของทางราชการนั้น หากพิจารณากันให้ถึงที่สุดแล้ว อาจจะไปสู่ “การปรับเปลี่ยนความคิด” (changement de philosophie) เกี่ยวกับบทบาทของรัฐในการกำกับควบคุมกิจการต่าง ๆ ซึ่งแต่เดิมการกำกับควบคุมของรัฐมักจะใช้ระบบอนุญาตเป็นหลักในลักษณะที่เป็น “การควบคุมก่อนหน้า” (ซึ่งอาจทำให้เกิดความล่าช้าในการประกอบธุรกิจสำหรับภาคเอกชน เพราะต้องรอผลการพิจารณาของทางราชการเสียก่อน) จึงมีประเด็นนำพิจารณาว่า สมควรปรับเปลี่ยนหลักการควบคุมก่อนหน้าไปเป็น “หลักความไว้วางใจ” ต่อผู้ประกอบการ และใช้การควบคุมตรวจสอบในภายหลังหรือไม่

ข้อเสนอให้เปลี่ยนรูปแบบการกำกับควบคุมของรัฐได้รับการตอบรับจากผู้ตรากฎหมาย เห็นได้จากในช่วงเวลาสิบห้าปีที่ผ่านมา ได้มีการนำมาตรการอื่นมาใช้แทนที่ระบบอนุญาตมากขึ้นเรื่อย ๆ

๔.๒ มาตรการทางกฎหมายในการลด-เลิกระบบอนุญาต

Renaud DE NOIX DE SAINT MARC รองประธานสภาแห่งรัฐ^{๒๔} ได้เสนอให้เลิกระบบอนุญาตในเรื่องที่หมดความจำเป็น โดยบางกรณีอาจไม่จำเป็นต้องมีมาตรการควบคุมใหม่มาแทนที่ระบบอนุญาต เพียงแต่บัญญัติบทกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำการฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยสาธารณะ ขณะที่กรณีอื่น ๆ อาจนำระบบ**แจ้งก่อนดำเนินการ**มาใช้แทนที่ระบบอนุญาต โดยอาจให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคัดค้านการแจ้งได้ แต่ต้องคัดค้านโดยเร็วและอาศัยเหตุที่กำหนดไว้โดย

^{๒๔} สภาแห่งรัฐมีนายกรัฐมนตรีเป็นประธานโดยตำแหน่ง แต่มีเพียงบทบาททางพิธีการเท่านั้น ขณะที่รองประธานสภาแห่งรัฐเป็นผู้บริหารสูงสุดตัวจริง

เฉพาะเจาะจงเท่านั้น^{๒๕} ทำนองเดียวกัน คณะทำงานศึกษาวิเคราะห์ต้นทุนและผลผลิตของบริการสาธารณะ (Comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics) ก็ได้เสนอความเห็นที่หนึ่งในการที่ถือเป็น “หัวใจ” ของการลดความซับซ้อนของระบบราชการ คือ การใช้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการแทนที่การอนุญาตหรือการรับรองก่อนดำเนินการ^{๒๖} ซึ่งการที่ระบบแจ้งก่อนดำเนินการได้รับการยอมรับว่าเป็น “ทางเลือก” ที่พืงนำมาใช้แทนที่ระบบอนุญาตนั้น เป็นเพราะเอื้อต่อการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยบุคคลที่เกี่ยวข้องสามารถประกอบธุรกิจประกอบวิชาชีพ หรือกระทำการอื่นใดได้โดยทันที เมื่อได้แจ้งต่อทางราชการ ไม่จำเป็นต้องรอผลการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ซึ่งอาจใช้เวลานาน และมีความเสี่ยงที่จะมีการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

รัฐสภาได้ตรากฎหมายอนุญาตให้รัฐบาลตรารัฐกำหนดเพื่อนำระบบแจ้งก่อนดำเนินการไปใช้แทนที่ระบบอนุญาต โดยเฉพาะในเรื่องการประกอบกิจการของบริษัทเอกชน และการประกอบวิชาชีพของบุคคล โดยในระบบแจ้งก่อนดำเนินการ ให้กำหนดกลไกการคัดค้านการแจ้งโดยเจ้าหน้าที่ วิธีการตรวจสอบควบคุมในภายหลัง รวมทั้งบทกำหนดโทษไว้ด้วย (รัฐบัญญัติฉบับที่ ๒๐๐๓-๕๙๑ ลงวันที่ ๒ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๐๓^{๒๗} มาตรา ๒๒) และบางกรณีอาจรวมถึงการปรับปรุงระบบอนุญาตให้เรียบง่ายยิ่งขึ้น หรือยกเลิกระบบอนุญาต โดยไม่มีมาตรการอื่นใดมาแทนที่ หรือยกเลิกระบบแจ้งก่อนดำเนินการก็ได้ (รัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๒๐๐๔-๑๓๔๓ ลงวันที่ ๙ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๔^{๒๘} มาตรา ๒๗) อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี ในการยกเลิกระบบอนุญาตหรือระบบแจ้งก่อนดำเนินการหรือการปรับปรุงมาตรการควบคุมดังกล่าวให้เรียบง่ายยิ่งขึ้นนั้น รัฐสภาก็ได้กำหนดกรอบการดำเนินการของรัฐบาลไว้อย่างรัดกุม โดยกำหนดให้ต้องธำรงรักษาไว้ซึ่งหลักประกันเสรีภาพของบุคคล สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน สุขอนามัยของประชาชน รวมถึงตลอดถึงการคุ้มครองประชาชนและข้อมูลส่วนบุคคลด้วย (รัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๒๐๑๔-๑๕๔๕ ลงวันที่ ๒๐ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๑๔^{๒๙} มาตรา ๑๐)

ในการยกเลิกหรือผ่อนปรนมาตรการควบคุมต่าง ๆ รัฐบาลได้เลือกใช้วิธีการที่หลากหลาย

- บางกรณี ได้นำระบบแจ้งก่อนดำเนินการไปใช้แทนที่ระบบอนุญาต เช่น การกันเขตพื้นที่สำหรับปลูกป่าของบริษัทป่าไม้ ที่แต่เดิมต้องขออนุญาตต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็เปลี่ยนเป็นให้แจ้งต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนดำเนินการ โดยเจ้าหน้าที่อาจคัดค้านการแจ้งได้

^{๒๕} DE NOIX DE SAINT MARC (R.), “Le silence de l’administration”, in IFSA *Droits et attentes des citoyens*, (Paris : La Documentation française, 1998), p. 129.

^{๒๖} Comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics, *La simplification du droit par ordonnances : effets de la loi du 2 juillet 2003*, (Paris : La Documentation française, 2003), p. 25.

^{๒๗} Loi n°2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit.

^{๒๘} Loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit.

^{๒๙} Loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives.

ภายในสองเดือนนับแต่มีการแจ้ง^{๓๐} หรือการจัดการแข่งม้าโดยบริษัทจัดการแข่งม้า เดิมกฎหมายกำหนดให้ต้องขออนุญาตต่อผู้ว่าราชการจังหวัดในแต่ละปี ก็เปลี่ยนเป็นให้แจ้งต่อผู้ว่าราชการจังหวัดเกี่ยวกับกำหนดการแข่งม้าในรอบปีตามที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตร โดยผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจคัดค้านการจัดการแข่งม้าตามที่ได้รับแจ้งได้ หากเห็นว่าฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง^{๓๑}

- บางกรณี ได้นำระบบแจ้งและขึ้นบัญชีไปใช้แทนการรับรองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เช่น กรณีผู้ตรวจสอบสายพันธุ์ม้าและอูฐ ที่แต่เดิมต้องได้รับการรับรองจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (ซึ่งมีดุลพินิจที่จะรับรองหรือไม่รับรอง) ก็เปลี่ยนเป็นให้แจ้งต่อเจ้าหน้าที่และให้เจ้าหน้าที่ขึ้นบัญชีไว้หากมีวุฒิการศึกษาหรือไปรับรองความรู้ความสามารถตามที่กำหนดในรัฐกฤษฎีกา^{๓๒}

- บางกรณี ได้ยกเลิกมาตรการควบคุมไปโดยไม่มีมาตรการควบคุมรูปแบบอื่น ๆ มาแทนที่ เช่น กรณีผู้ดูแลสถานออกกำลังกายและกีฬา ที่แต่เดิมต้องแจ้งการประกอบกิจกรรมต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อน ปัจจุบันก็มีการยกเลิกระบบแจ้งไปแล้ว โดยไม่มีมาตรการอื่นมาแทนที่^{๓๓} หรือกรณีของกังหันลมผลิตไฟฟ้า (éoliennes) ซึ่งแต่เดิมกักห้ามลมทุกประเภทอยู่ภายใต้มาตรการควบคุมที่ใช้บังคับแก่กิจการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (ทั้งนี้ เป็นไปตามรัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๒๐๑๐-๗๘๘ ลงวันที่ ๑๒ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๐ ว่าด้วยพันธกิจแห่งชาติเพื่อสิ่งแวดล้อม^{๓๔}) แต่ต่อมารัฐกฤษฎีกา ฉบับที่ ๒๐๑๑-๘๘๔ ลงวันที่ ๒๓ สิงหาคม ค.ศ. ๒๐๑๑ ที่แก้ไขเพิ่มเติมบัญญัติ กิจการควบคุมเพื่อรักษาสิ่งแวดล้อม ได้กำหนดให้มีมาตรการควบคุมเฉพาะกังหันลมที่ตั้งอยู่บนบก (éoliennes terrestres) เพราะอาจมีเสียงดังรบกวนประชาชนที่อาศัยอยู่ใกล้เคียงและมีผลกระทบต่อทัศนียภาพ โดยมาตรการควบคุมอาจเป็นระบบอนุญาตหรือการแจ้งก่อนก่อสร้างขึ้นอยู่กับขนาดและกำลังผลิตของกังหันลม^{๓๕} ส่วนกังหันลมที่ตั้งอยู่นอกชายฝั่งทะเล (éoliennes offshore)^{๓๖} ซึ่งไม่มีผลกระทบต่อประชาชนหรือสิ่งแวดล้อม ไม่อยู่ภายใต้มาตรการควบคุมใด ๆ อีกต่อไป

ส่วนเรื่องใดที่ยังจำเป็นต้องใช้ระบบอนุญาตอยู่ต่อไป รัฐบาลก็ดำเนินการทุกวิถีทางให้กระบวนการอนุญาตมีความสะดวกรวดเร็วและไม่เป็นภาระแก่ประชาชน ไม่ว่าจะเป็นการวางหลักใหม่ที่ว่ากรณึ่งเฉยของฝ่ายปกครองมีผลเท่ากับเห็นชอบ (“ระบบอนุญาตโดยปริยาย”)

^{๓๐} รัฐกำหนด ฉบับที่ ๒๐๑๕-๑๖๘๒ ลงวันที่ ๑๗ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ (Ordonnance n°2015-1682 du 17 décembre 2015 portant simplification de certains régimes d'autorisation préalable et de déclaration des entreprises et des professionnels) มาตรา ๑ ที่แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา L. ๓๓๑-๖ แห่งประมวลกฎหมายป่าไม้ (code forestier)

^{๓๑} รัฐกฤษฎีกา ฉบับที่ ๒๐๑๗-๙๓๒ ลงวันที่ ๑๐ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๑๗ ว่าด้วยมาตรการลดความซับซ้อนสำหรับผู้ประกอบการธุรกิจ (Décret n° 2017-932 du 10 mai 2017 portant diverses mesures de simplification pour les entreprises)

^{๓๒} รัฐกำหนด ฉบับที่ ๒๐๑๕-๑๖๘๒ ลงวันที่ ๑๗ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ มาตรา ๒ ที่แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา L ๒๑๒-๔ แห่งประมวลกฎหมายการเกษตรและการประมงน้ำเค็ม (code rural et de la pêche maritime)

^{๓๓} รัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๒๐๑๔-๑๕๔๕ ลงวันที่ ๒๐ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๑๔ (Loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administrative)

^{๓๔} Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

^{๓๕} ระบบอนุญาตใช้กับกังหันลมที่มีกำลังผลิตสูง ส่วนระบบแจ้งใช้กับกังหันลมที่มีกำลังผลิตต่ำ

^{๓๖} décret n°2011-984 du 23 août 2011 modifiant la nomenclature des installations classées

การให้บริการแบบจุดเดียวเบ็ดเสร็จ (guichets uniques) หรือการใช้ระบบติดต่อสื่อสารทางไกล ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประชาชนและหน่วยงานทางปกครอง (“téléprocédure”)^{๓๗} ล่าสุดได้มีการปรับปรุงระบบอนุญาตในกิจการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม โดยรัฐกำหนด ฉบับที่ ๒๐๑๗-๘๐ ลงวันที่ ๒๖ มกราคม ค.ศ. ๒๐๑๗ ว่าด้วยการอนุญาตในด้านสิ่งแวดล้อม^{๓๘} บัญญัติให้มี “ระบบอนุญาตด้านสิ่งแวดล้อมแบบเดียวเบ็ดเสร็จ” (autorisation environnementale unique) ที่มีผลทางกฎหมายเป็นการอนุญาต การขึ้นทะเบียน การรับรอง การแจ้ง หรือการให้ความเห็นชอบ ตามที่กำหนดในกฎหมายฉบับต่าง ๆ กว่า ๑๕ กระบวนงาน เช่น การอนุญาตให้ปล่อยก๊าซเรือนกระจก การรับรองให้กำจัดขยะ การรับรองให้ใช้สารตัดแต่งพันธุกรรม การอนุญาตให้ประกอบกิจการผลิตไฟฟ้า การอนุญาตให้แผ้วถางป่า ฯลฯ ระบบใบอนุญาตใบเดียวนี้จึงช่วยลดความซับซ้อนของระบบอนุญาต และลดภาระที่จะเกิดแก่ประชาชน ทั้งนี้ ก่อนที่จะมีการตรารัฐกำหนดฉบับดังกล่าว ได้มีการทดลอง ใช้ระบบใบอนุญาตด้านสิ่งแวดล้อมใบเดียวในบางเขตจังหวัดเป็นเวลาสามปีในระหว่างปี ค.ศ. ๒๐๑๔ - ๒๐๑๗ ซึ่งปรากฏผลเป็นที่น่าพอใจ รัฐบาลจึงตัดสินใจตรารัฐกำหนดให้ใช้ระบบดังกล่าวเป็นการ ทั่วไปและถาวร

ในช่วงเวลาสิบปีที่ผ่านมา รัฐบาลทุกชุด ไม่ว่าจะจากขั้วการเมืองใด – ฝ่ายซ้าย หรือฝ่ายขวา – ต่างให้ความสำคัญกับการลดความซับซ้อนของระบบราชการ ในสมัยประธานาธิบดี Nicolas SARKOZY (ค.ศ. ๒๐๐๗ - ๒๐๑๒) มีนโยบาย “ลดความซับซ้อนของ ๑,๐๐๐ ขั้นตอนการ อนุญาตที่สร้างภาระมากที่สุด” ต่อมาภายใต้ประธานาธิบดี François HOLLANDE (ค.ศ. ๒๐๑๒ - ๒๐๑๗) มีนโยบาย “หักดิบลดความซับซ้อน” (“Choc de simplification”) โดยมีผลงานเด่น คือ การใช้ระบบอนุญาตโดยปริยายเป็นหลักทั่วไป ปัจจุบันประธานาธิบดี Emmanuel MACRON ที่เคย ทำงานในภาคเอกชนมาก่อน^{๓๙} และมีแนวคิดในการปฏิรูประบบเศรษฐกิจของประเทศ ก็ประกาศ นโยบายในการลดกฎเกณฑ์และขั้นตอนที่เป็นอุปสรรคแก่การประกอบธุรกิจของภาคเอกชน โดยล่าสุด มีการจัดทำ “ร่างรัฐบัญญัติว่าด้วยการปรับเปลี่ยนความสัมพันธ์ระหว่างราชการและประชาชน” (“projet de loi relatif à la transformation des relations entre l’administration et le public”) ซึ่งกำหนดมาตรการต่าง ๆ ในการลดกฎเกณฑ์และขั้นตอนที่เป็นภาระแก่ผู้ประกอบการ รวมทั้งกำหนด ให้มีการผ่อนผันไม่เอาผิดกับบุคคลที่ฝ่าฝืนกฎหมายในบางกรณี^{๔๐} ซึ่งร่างกฎหมายนี้ตั้งอยู่บนแนวคิด ในการปรับเปลี่ยนวัฒนธรรมของระบบราชการจาก “ราชการที่ควบคุมกำกับ” (“administration de contrôle”) ไปเป็น “ราชการที่ให้คำปรึกษา” (“administration de conseil”) ที่คอยให้ความ ช่วยเหลือและสนับสนุนภาคเอกชน

^{๓๗} CLUZEL-MÉTAYER (L.), “La simplification administrative en France”, in AUBY (J.-B.), *Droit comparé de la procédure administrative – Comparative Law of Administrative Procedure*, (Bruxelles : Bruylant, 2016), pp. 379 - 389.

^{๓๘} Ordonnance n°2017-80 du 26 janvier 2017 relative à l’autorisation environnementale.

^{๓๙} Emmanuel MACRON เคยรับราชการเป็นผู้ตรวจการคลัง (Inspecteur des finances) (ค.ศ. ๒๐๐๔ - ๒๐๐๘) ก่อนที่จะเข้าทำงานใน Banque Rothschild วาณิชธนกิจชั้นนำของฝรั่งเศส (ค.ศ. ๒๐๐๘ - ๒๐๑๒) และต่อมาได้ ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประธานาธิบดี (ค.ศ. ๒๐๑๒ - ๒๐๑๔) และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเศรษฐกิจ (ค.ศ. ๒๐๑๔ - ๒๐๑๖)

^{๔๐} กรณีบุคคลที่ฝ่าฝืนกฎหมายที่มีโทษทางปกครองเป็นครั้งแรก โดยต้องเป็นการกระทำผิดโดยไม่เจตนา ซึ่งหลักนี้ เรียกว่า “สิทธิที่จะผิดพลาด” (“droit à l’erreur”)

บทที่ ๒ การใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในระบบกฎหมายอิตาลี*

สาธารณรัฐอิตาลีเป็นรัฐเดี่ยว แต่ก็มีมีการกระจายอำนาจมาก โดยมี “แคว้นปกครองตนเอง” (regioni autonome) จำนวน ๒๐ แคว้น^{๕๑} แต่ละแคว้นมีอำนาจบริหารกิจการต่าง ๆ ได้เอง รวมทั้งมีอำนาจตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในเขตของแคว้นในเรื่องที่รัฐธรรมนูญมิได้สงวนไว้เป็นอำนาจของรัฐบาลกลาง^{๕๒} ในแต่ละแคว้นยังแบ่งเขตปกครองออกเป็น “จังหวัด” (provincia) ซึ่งปัจจุบันมีจำนวนทั้งสิ้น ๑๐๗ จังหวัด โดยมีสองจังหวัดที่เป็น “จังหวัดปกครองตนเอง” (provincia autonoma) ได้แก่ Trento และ Südtirol ซึ่งตั้งอยู่ในแคว้น Trentino - Alto Adige/Südtirol ทางตะวันออกเฉียงเหนือของประเทศ จังหวัดปกครองตนเองมีอำนาจพิเศษแตกต่างจากจังหวัดอื่น ๆ ตรงที่มีอำนาจตรากฎหมายได้เช่นเดียวกับแคว้นและไม่ตกอยู่ในอาณัติของแคว้น ส่วนเขตปกครองในลำดับถัดจากจังหวัดคือ “เทศบาล” (comune) ซึ่งปัจจุบันมีอยู่รวมทั้งสิ้น ๗,๙๘๑ แห่ง

อิตาลีเป็นประเทศที่มีระบบราชการขนาดใหญ่ มีการออกกฎหมายแทรกแซงและควบคุมกำกับกิจการต่าง ๆ ของบุคคลอย่างมากทั้งในระดับรัฐส่วนกลางและในระดับของแคว้น โดยเครื่องมือหลักที่ใช้ คือ การอนุญาต (autorizzazione) ใบอนุญาต (licenza / permesso) และการรับรอง (abilitazione) ซึ่งเป็นกลไกการควบคุมกำกับที่เคร่งครัดและสร้างภาระแก่ผู้ประกอบการและประชาชนทั่วไป ทำให้มีข้อเรียกร้องจากหลายภาคส่วนให้รัฐลดความซับซ้อนของระบบราชการ ต่อมาจึงมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อปรับปรุงการพิจารณาทางปกครอง (โดยเฉพาะการอนุญาตของทางราชการ) ให้มีขั้นตอนที่เรียบง่ายและรวดเร็วยิ่งขึ้น และในเรื่องใดที่ได้มีผลกระทบต่อประโยชน์อันสำคัญยิ่งของสังคมหรือบุคคล ก็มีการลด-เลิกระบบอนุญาต และใช้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการแทนที่ระบบอนุญาต

๑. การลดความซับซ้อนของระบบอนุญาต : ขั้นตอนการอนุญาตที่เรียบง่ายและรวดเร็วยิ่งขึ้น^{๕๓}

แต่เดิมปัญหาของการพิจารณาของทางราชการ (ซึ่งรวมถึงการพิจารณาอนุญาต) มีอยู่สามประการด้วยกัน ประการแรก การพิจารณามักจะใช้เวลาช้านาน และแม้ว่ากฎหมายจะกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาไว้ แต่โดยส่วนใหญ่เจ้าหน้าที่มักจะพิจารณาเกินระยะเวลาที่กำหนด ประการ

*โดย นายศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ หัวหน้าคณะทำงานศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย

^{๕๑}ในบรรดาแคว้นปกครองตนเอง ๒๐ แคว้น มีอยู่ ๕ แคว้นที่มีสถานะพิเศษ โดยมีอำนาจตรากฎหมายมากกว่าปกติ และมีความเป็นอิสระทางงบประมาณสูงกว่าแคว้นอื่น ๆ ได้แก่ Val d'Aosta, Trentino-Alto Adige/Südtirol, Friuli-Venezia Giulia, Sicilia และ Sardegna

^{๕๒}องค์กรที่สำคัญของแคว้น ได้แก่ *สภาแคว้น* (Consiglio Regionale) ซึ่งมีอำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย และ *คณะผู้บริหารแคว้น* (Giunta Regionale) ซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายบริหารที่นำโดย *ประธานบริหารแคว้น* (Presidente della Regione) ที่โดยส่วนใหญ่ได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน (ยกเว้นในบางแคว้นที่มาจาก การเลือกของสภาแคว้น)

^{๕๓}สรุปจาก CERULLI IRELLI (V.) and DE BELLIS (M.), “Policies of Administrative Simplification : Italy”, in AUBY (J.-B.), *Droit comparé de la procédure administrative – Comparative Law of Administrative Procedure*, (Bruxelles : Bruylant, 2016), pp. 391 – 394 และ PARISIO (V.), “Italy : The Nature of Interests as a boundary to the Simplification of the Administrative Procedure”, in AUBY (J.-B.), *เพิ่งอ้าง*, pp. 403 – 419.

ต่อมา ขั้นตอนการพิจารณามีความซับซ้อนและสร้างภาระเกินความจำเป็น ทั้งสำหรับประชาชนและผู้ประกอบการ และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเอง โดยบางกรณีมีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหลายหน่วยงาน ซึ่งแต่ละหน่วยงานอาจมีความคิดเห็นในเรื่องที่พิจารณาไม่ตรงกัน ทำให้กระบวนการพิจารณาสั่งการล่าช้าออกไปอีก ประการสุดท้าย ในหลายกรณีกฎหมายกำหนดขั้นตอนไว้หลายขั้นตอนสำหรับการอนุมัติอนุญาตในเรื่องเดียวกัน ทำให้บุคคลต้องขอใบอนุญาตหลายใบเพื่อใช้ประกอบกิจการอย่างหนึ่ง การลดความซับซ้อนในการพิจารณาของทางราชการได้เริ่มขึ้นในช่วงต้นทศวรรษ ๑๙๙๐ โดยรัฐบาลมีนโยบายในการนำกฎหมายของฝ่ายบริหาร (regolamenti) มาใช้เป็นเครื่องมือควบคุมเรื่องต่าง ๆ แทนที่กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะหลักเกณฑ์ในกฎหมายของฝ่ายบริหารมีความยืดหยุ่นและปรับเปลี่ยนได้รวดเร็วกว่า อย่างไรก็ตาม นโยบายดังกล่าวก็ไม่ประสบผลสำเร็จเท่าใดนัก เพราะกระบวนการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารยังคงต้องผ่านการพิจารณาขององค์กรอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นสภาแห่งรัฐ (Consiglio di Stato) หรือคณะกรรมการของรัฐสภาที่มีหน้าที่ให้ความเห็นต่อร่างกฎหมาย ทำให้ขั้นตอนการจัดทำร่างกฎหมายใช้เวลานาน และการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารก็ไม่อาจกระทำได้ในทุกเรื่อง

มาตรการที่เป็นพัฒนาการสำคัญในการลดความซับซ้อนในการพิจารณาของทางราชการ คือ การตรารัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๒๔๑ ลงวันที่ ๗ สิงหาคม ค.ศ. ๑๙๙๐ ว่าด้วย “หลักเกณฑ์ใหม่ในเรื่องการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่และสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของราชการ”^{๔๔} (ต่อไปจะเรียกว่า รัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๒๔๑/๑๙๙๐) กฎหมายฉบับนี้เป็น “กฎหมายทั่วไป” เกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่หรือ “วิปฏิบัติราชการทางปกครอง” โดยในหมวด ๔ (มาตรา ๑๔ ถึงมาตรา ๒๑) เป็นบทบัญญัติว่าด้วย “การลดความซับซ้อนของการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง” (Semplificazione dell’azione amministrativa) ซึ่งบทบัญญัติในหมวดนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอยู่เนื่อง ๆ เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนมากยิ่งขึ้น

รัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๒๔๑/๑๙๙๐ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการลดความซับซ้อนในการพิจารณาทางปกครอง (โดยเฉพาะการอนุญาตของทางราชการ) โดยกำหนดกลไกต่าง ๆ ที่ทำให้กระบวนการพิจารณาทางปกครองมีขั้นตอนที่กระชับและใช้เวลาให้น้อยที่สุด เช่น การปรึกษาหารือระหว่างหน่วยงาน (conferenza di servizi) ตามมาตรา ๑๔ ที่กำหนดให้มีการประสานงานระหว่างบรรดาหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาทางปกครองในกรณีหนึ่งที่ดูแลประโยชน์สาธารณะที่แตกต่างกัน เพื่อที่หน่วยงานต่าง ๆ จะได้ปรึกษาหารือและหาข้อยุติในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองในแนวทางที่เหมาะสมที่สุดไปในคราวเดียวกัน ภายใต้กรอบระยะเวลาเดียวกัน อันจะทำให้การพิจารณาเรื่องเป็นไปด้วยความรวดเร็ว ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนผู้ยื่นคำขอต่อทางราชการ โดยกรณีที่มีข้อทักท้วงจากหน่วยงานที่ดูแลประโยชน์สาธารณะที่สำคัญอย่างยิ่ง เช่น สิ่งแวดล้อมหรือสุขภาพของบุคคล จึงจะมีการเสนอเรื่องต่อองค์กรเหนือขึ้นไป เช่น กระทรวงต้นสังกัด

การพิจารณาทางปกครองในบางเรื่องอาจต้องมีการขอคำปรึกษาจากหน่วยงานที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง โดยเฉพาะเรื่องทางเทคนิคหรือวิทยาศาสตร์ เพื่อที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองจะได้พิจารณาเรื่องบนพื้นฐานของข้อมูลที่ครบถ้วน หรือในบางเรื่องกฎหมายอาจบังคับให้ต้องมีการประเมินทางเทคนิคจากองค์กรผู้เชี่ยวชาญประกอบการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง

^{๔๔} Legge 7 agosto 1990, n°241 “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso di documenti amministrativi”

ขั้นตอนการขอคำปรึกษาและการประเมินทางเทคนิคช่วยให้เจ้าหน้าที่สามารถพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองที่มี “คุณภาพ” ดีที่สุด แต่ขณะเดียวกัน ก็อาจมีผลทำให้เกิดความล่าช้าในการพิจารณาทางปกครอง และเป็นผลเสียต่อบุคคลผู้ยื่นคำขออนุมัติอนุญาตต่อทางราชการ ในการนี้ รัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๒๔๑/๑๙๙๐ จึงกำหนดกลไกที่วางกรอบให้การขอคำปรึกษาและการประเมินทางเทคนิคมีขั้นตอนที่กระชับมากที่สุด

ในเรื่องการให้คำปรึกษา มาตรา ๑๖ กำหนดให้องค์กรที่ปรึกษาต้องพิจารณาให้คำปรึกษาแก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองภายใน *ยี่สิบวัน* นับแต่ได้รับเรื่อง ในกรณีที่องค์กรที่ปรึกษาพิจารณาไม่เสร็จภายในระยะเวลา *ยี่สิบวัน* และไม่ได้ขยายระยะเวลาออกไป หากเป็นกรณีการขอคำปรึกษาแบบ *บังคับ* (คือ กฎหมายกำหนดให้ต้องขอคำปรึกษา) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองมี “ดุลพินิจ” ที่จะรอคำปรึกษาต่อไปก็ได้ หรือจะพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่รอคำปรึกษาก็ได้ แต่ถ้าเป็นการขอคำปรึกษาแบบ *เพื่อเลือก* เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองจะถูกผูกพันให้พิจารณาออกคำสั่งโดยไม่ต้องรอคำปรึกษา เพื่อที่การพิจารณาออกคำสั่งจะได้ไม่หยุดชะงักหรือล่าช้าออกไป ยกเว้นกรณีการขอคำปรึกษา (ไม่ว่าแบบ *บังคับ* หรือ *เพื่อเลือก*) ในเรื่องที่มีผลกระทบต่อสุขภาพของบุคคล สิ่งแวดล้อม หรือภูมิทัศน์ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองถูกผูกพันให้รอคำปรึกษาเพื่อประกอบการพิจารณาออกคำสั่ง แม้ว่าองค์กรที่ปรึกษาจะพิจารณาล่าช้ากว่าระยะเวลาที่กำหนดก็ตาม

ส่วนการประเมินทางเทคนิค (valutazioni tecniche) มาตรา ๑๗ กำหนดให้องค์กรผู้เชี่ยวชาญต้องทำการประเมินให้แล้วเสร็จภายใน *เก้าสิบวัน* นับแต่ได้รับเรื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง หากประเมินไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองต้องขอให้องค์กรอื่นที่มีความเชี่ยวชาญ *ทำการประเมินแทน* เพื่อที่การพิจารณาทางปกครองจะได้ไม่ล่าช้าออกไป เว้นแต่เป็นเรื่องเกี่ยวกับสุขภาพของบุคคล สิ่งแวดล้อม หรือภูมิทัศน์ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองจะต้องรอผลการประเมินจากองค์กรผู้เชี่ยวชาญต่อไป แม้ว่า การประเมินจะมีความล่าช้า ไม่อาจให้องค์กรอื่นทำหน้าที่ประเมินแทนได้

กลไกที่สำคัญอีกอย่างหนึ่งซึ่งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ ๒๔๑/๑๙๙๐ คือ **หลักนิ่งเฉยเท่ากับยินยอม** (silenzio-assenso) หรือ “*ระบบอนุญาตโดยปริยาย*” โดยมาตรา ๒๐ กำหนดหลักการไว้ว่า กรณีที่เจ้าหน้าที่มิได้วินิจฉัยสั่งการใด ๆ เกี่ยวกับคำขออนุญาตภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด^{๕๕} และมีได้ร้องขอให้มีการปรึกษาหารือระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง (conferenza di servizi) ถือว่าเจ้าหน้าที่มีคำสั่งอนุญาตโดยปริยาย และผู้ยื่นขออนุญาตสามารถเริ่มประกอบกิจการได้ ปัจจุบัน หลักนิ่งเฉยเท่ากับยินยอมหรือระบบอนุญาตโดยปริยายเป็น “หลักทั่วไป” สำหรับการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ แต่อย่างไรก็ดี มีข้อยกเว้นมิให้ใช้ระบบอนุญาตโดยปริยายในสี่กรณีด้วยกัน ได้แก่

- เรื่องเกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรม ภูมิทัศน์ สิ่งแวดล้อม การป้องกันประเทศ การรักษาความปลอดภัยสาธารณะ การเข้าเมือง การลี้ภัย สถานะพลเมือง และสุขภาพของบุคคล
- เรื่องที่กฎหมายสหภาพยุโรปกำหนดให้ต้องมีการออกคำสั่งทางปกครองโดยชัดแจ้ง (ซึ่งฝ่ายปกครองได้พิจารณาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายแล้วก่อนออกคำสั่ง)

^{๕๕}โดยทั่วไปคือระยะเวลาสามสิบวันตามมาตรา ๒ แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ ๒๔๑/๑๙๙๐ ซึ่งเป็นกฎหมายกลาง ซึ่งอาจขยายออกไปได้สำหรับกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองที่ซับซ้อน

- เรื่องที่บทบัญญัติกฎหมายกำหนดให้การนิ่งเฉยมีผลเท่ากับปฏิเสธ (silenzio-diniogo)

- เรื่องอื่น ๆ ที่กำหนดในรัฐกฤษฎีกาของนายกรัฐมนตรีตามข้อเสนอของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงระบบราชการ

นอกจากนี้ หากกฎหมายเฉพาะในเรื่องใดกำหนดให้ต้องมีการอนุญาตโดยชัดแจ้งจากฝ่ายปกครอง ระบบอนุญาตโดยปริยายซึ่งเป็นหลักทั่วไปย่อมเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ เช่น การอนุญาตให้ประกอบกิจการในเขตท่าเรือซึ่งฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการอนุญาต หรือการอนุญาตให้ติดตั้งป้ายโฆษณาในทางสาธารณะซึ่งฝ่ายปกครองจำเป็นต้องพิจารณาถึงความปลอดภัยของประชาชนผู้ใช้ทางสาธารณะก่อนที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาต

กลไกต่าง ๆ ในรัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๒๔๑/๑๙๙๐ แสดงให้เห็นถึงความพยายามของภาครัฐในการแก้ไขปัญหาความล่าช้าในการพิจารณาของทางราชการ โดยเฉพาะการอนุมัติอนุญาตในเรื่องต่าง ๆ ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติฉบับดังกล่าวอย่างต่อเนื่องเพื่อเพิ่มเติมมาตรการอื่น ๆ ในการบรรเทาปัญหาความล่าช้าในการพิจารณาอนุญาต เช่น รัฐกำหนด (Decreto-Legge)^{๔๖} ฉบับที่ ๕/๒๐๑๒^{๔๗} (ซึ่งต่อมายกฐานะเป็นรัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๓๕/๒๐๑๒) ที่แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๒ ของรัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๒๔๑/๑๙๙๐ โดยกำหนดให้ความล่าช้าในการพิจารณาเรื่องของเจ้าหน้าที่เป็นองค์ประกอบในการประเมินผลการปฏิบัติราชการ รวมทั้งเป็นเหตุในการพิจารณาความรับผิดชอบวินัยและความรับผิดชอบทางละเมิดแก่เจ้าหน้าที่และผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่^{๔๘} (มาตรา ๒ วรรคเก้า) รวมทั้งบัญญัติให้รัฐบาลกำหนดเจ้าหน้าที่ระดับสูงในหน่วยงานที่จะเป็นผู้เข้าปฏิบัติหน้าที่พิจารณาเรื่องแทนเจ้าหน้าที่ที่พิจารณาเรื่องล่าช้า (มาตรา ๒ วรรคเก้า ทวิ) และกรณีที่หน่วยงานของรัฐยังไม่อาจพิจารณาเรื่องให้แล้วเสร็จได้ รัฐกำหนด ฉบับที่ ๖๙/๒๐๑๓^{๔๙} (ซึ่งต่อมายกฐานะเป็นรัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๙๙/๒๐๑๓) ได้กำหนดให้มีการเยียวยาผู้ยื่นคำขอประกอบธุรกิจ โดยหน่วยงานของรัฐต้องชดใช้เงินจำนวน ๓๐ ยูโร ต่อวันนับแต่วันถัดจากวันที่ครบกำหนดเวลาในการพิจารณาเรื่องไปจนกว่าจะพิจารณาเรื่องแล้วเสร็จ แต่ทั้งนี้ ไม่เกิน ๒,๐๐๐ ยูโร โดยการชดใช้เงินตามรัฐกำหนดดังกล่าวไม่ตัดสิทธิของผู้ยื่นคำขอที่จะฟ้องคดีขอให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นอีกทางหนึ่งด้วย ซึ่งกลไกการเยียวยาตามรัฐกฤษฎีกาดังกล่าวใช้บังคับกับหน่วยงานของรัฐทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นราชการส่วนกลางหรือราชการส่วนท้องถิ่น แต่มีขอบเขตใช้บังคับกับการพิจารณาทางปกครองที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของเอกชนเท่านั้น

^{๔๖} ในระบบกฎหมายอิตาลี “Decreto-Legge” เป็นกฎหมายที่ฝ่ายบริหารออกโดยได้รับอนุญาตจากรัฐสภาในเรื่องที่มีความจำเป็นเร่งด่วนและไม่อาจใช้กระบวนการนิติบัญญัติปกติ ซึ่งหลังจากนั้นต้องมีการเสนอกฎหมายดังกล่าวให้รัฐสภาเห็นชอบและยกฐานะเป็นรัฐบัญญัติ (Legge) ตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. ๑๙๔๘ มาตรา ๗๖ และมาตรา ๗๗ ทั้งนี้ โดยที่ “Decreto-Legge” มีสถานะเทียบได้กับ “รัฐกำหนด” ในระบบกฎหมายไทย ในรายงานฉบับนี้จึงขอใช้คำว่า “รัฐกำหนด” มิใช่ “รัฐกฤษฎีกา”

^{๔๗} Decreto-Legge, 9 febbraio 2012, n°5 Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo.

^{๔๘} ในกรณีที่มีการฟ้องหน่วยงานของรัฐต่อศาลปกครองฐานละเลยล่าช้าและศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว จะมีการส่งเรื่องไปยัง “ศาลบัญชี” (Corte dei conti) เพื่อวินิจฉัยเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นเฉพาะกรณีที่ปฏิบัติหน้าที่โดยบกพร่องอย่างร้ายแรงเท่านั้น ซึ่งเจ้าหน้าที่อาจอ้างว่าเหตุที่พิจารณาเรื่องล่าช้า เนื่องจากมีภาระงานจำนวนมากหรือหน่วยงานมีกำลังบุคลากรน้อย

^{๔๙} Decreto-Legge, 21 giugno 2013, n°69 Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia.

นอกเหนือจากมาตรการในการเร่งรัดการพิจารณาอนุญาตให้รวดเร็วยิ่งขึ้นแล้ว ยังมีการนำกลไกอื่น ๆ มาใช้ ตัวอย่างเช่น ศูนย์รับเรื่องจุดเดียวเบ็ดเสร็จสำหรับการประกอบกิจการ (Sportello Unico per le Attività Produttive - SUAP) ซึ่งมีหน้าที่รับคำขออนุญาตในเรื่องที่ต้องมีการอนุญาตจากหลายหน่วยงาน และประสานขอความเห็น ความยินยอม หรือการอนุญาตจากบรรดาหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ก่อนที่จะพิจารณามีคำสั่งอนุญาตในขั้นสุดท้ายและแจ้งผู้ยื่นคำขอ ทั้งนี้ เพื่อลดภาระของผู้ยื่นคำขอที่ไม่ต้องยื่นขออนุญาตจากหลายหน่วยงาน ระบบ SUAP มีความสะดวกรวดเร็ว เพราะดำเนินการผ่านวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ และมีการใช้ระบบนี้อย่างแพร่หลายทั่วประเทศ โดยเทศบาลกว่าร้อยละ ๖๑ ใช้ระบบ SUAP แล้ว ยิ่งไปกว่านั้น ในบางเรื่อง ได้มีการยุบรวมการอนุญาตหลายขั้นตอนให้เหลือเพียงขั้นตอนเดียว เช่น ใบอนุญาตด้านสิ่งแวดล้อมใบเดียวเบ็ดเสร็จ (Single Environmental Authorization) ตามรัฐกำหนด ฉบับที่ ๕/๒๐๑๒ ที่ใช้กับธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม โดยใบอนุญาตใบเดียวเบ็ดเสร็จดังกล่าวใช้แทนที่ใบอนุญาตเดิมที่เคยมีอยู่ด้วยกันทั้งหมด ๗ ใบด้วยกัน

มาตรการทางกฎหมายข้างต้นทั้งหมดนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อลดความซับซ้อนของระบบอนุญาตให้สร้างภาระแก่บุคคลน้อยที่สุด แต่ในบางเรื่องที่มีได้มีผลกระทบต่อประโยชน์อันสำคัญยิ่งของส่วนรวมและไม่จำเป็นต้องใช้ระบบอนุญาต ผู้ตรากฎหมายได้ใช้มาตรการที่ “ไปไกล” กว่า การลดความซับซ้อนของขั้นตอนการอนุญาต โดยเลิกระบบอนุญาตและนำการแจ้งก่อนดำเนินการมาใช้แทนที่ระบบอนุญาต

๒. การลด-เลิกระบบอนุญาตในกฎหมาย^{๕๐}

เดิมอิตาลีใช้ระบบอนุญาตในเรื่องต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก แต่ต่อมาเริ่มมีแนวคิด ว่า กระบวนการอนุญาตในบางเรื่องไม่มีความจำเป็นและสมควรยกเลิกไปเสีย ไม่ว่าจะเป็นเรื่องทาง เศรษฐกิจ สังคม หรือสิ่งแวดล้อม โดยอาจเปลี่ยนจากระบบอนุญาตซึ่งเป็นการควบคุมแบบก่อนหน้า (ex ante control) มาเป็นการควบคุมในภายหลัง (ex post control) โดยใช้กลไกการออกใบรับแจ้ง ให้บุคคลดำเนินการตามความประสงค์ไปก่อนและให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบในภายหลังว่าการดำเนินการ นั้นสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดหรือไม่

ในช่วงระยะเวลาสิบปีที่ผ่านมา การจำกัดระบบอนุญาตในกฎหมายกลายเป็น นโยบาย “เร่งด่วน” ของรัฐบาลอิตาลี ทั้งนี้ เป็นผลสืบเนื่องมาจากข้อกำหนดของสหภาพยุโรปว่าด้วย “บริการ” หรือ “ข้อกำหนด Bolkestein” (directive 2006/123/EC) ที่พยายามจำกัดการใช้ระบบ อนุญาตให้น้อยที่สุดเพื่อให้การประกอบกิจการต่าง ๆ เป็นไปโดยเสรี โดยรัฐภาคีสามารถใช้ระบบ อนุญาตกับกิจการบริการได้ต่อเมื่อครบเงื่อนไขสามประการ ได้แก่ (๑) การใช้ระบบอนุญาตไม่มี ลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ให้บริการ (๒) เป็นเรื่องที่ต้องใช้ระบบอนุญาตเนื่องด้วย เหตุผลอันสำคัญยิ่งเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวม และ (๓) ไม่มีมาตรการอื่นที่มีผลกระทบน้อยกว่า อันจะทำให้บรรลุเป้าหมายที่กำหนดไว้ได้

^{๕๐} สรุปรจาก CERULLI IRELLI (V.) and DE BELLIS (M.), อ้างแล้ว, pp. 391-394.

อิตาลีได้ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับ “ข้อกำหนด Bolkestein” โดยมีการตรารัฐกำหนด ฉบับที่ ๕๙/๒๐๑๐^{๕๑} ที่กำหนดว่าในเรื่องใดที่มีได้ยกเลิกระบบอนุญาตเนื่องจากมีเหตุผลอันสำคัญยิ่งเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวม ก็ให้ใช้กลไกการอนุญาตโดยปริยายโดยถือว่ามี การอนุญาตหากครบกำหนดเวลาที่กฎหมายบัญญัติและฝ่ายปกครองยังมิได้วินิจฉัยสั่งการใด ๆ ส่วนกรณีอื่น ๆ ที่มีในเรื่องที่มีเหตุผลสำคัญยิ่งเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวม ก็ให้ใช้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการแทนระบบอนุญาต ปัจจุบัน การแจ้งก่อนดำเนินการจึงเป็น “กลไกทั่วไป” สำหรับการเริ่มประกอบธุรกิจของภาคเอกชน

ท่ามกลางวิกฤตการณ์การเงินและปัญหาหนี้ของภาครัฐ อิตาลียิ่งให้ความสำคัญกับนโยบายเปิดเสรีทางเศรษฐกิจเพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ ในการนี้ ได้มีการตรารัฐกำหนด ฉบับที่ ๑/๒๐๑๒^{๕๒} หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “รัฐกำหนดอิตาลีเติบโต” (Decreto “Cresci Italia” ; “Grow-Italy” Decree) (ซึ่งต่อมาได้ยกฐานะเป็นรัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๒๗/๒๐๑๒) ที่กำหนดให้มีการยกเลิกระบบอนุญาตหรือใบอนุญาตที่ไม่มีเหตุผลความจำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวมหรือไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ของผู้ตรากฎหมายในเรื่องนั้น ๆ อย่างไรก็ตามก็ดี รัฐกำหนดฉบับดังกล่าวมิได้มีผลใช้บังคับโดยทันที แต่ต้องออกกฎหมายลำดับรองกำหนดรายละเอียดในการดำเนินการอีกชั้นหนึ่ง

๓. การแจ้งก่อนดำเนินการ : ทางเลือกแทนระบบอนุญาต

๓.๑ ความเป็นมาและพัฒนาการของระบบแจ้งก่อนดำเนินการ^{๕๓}

ในระบบกฎหมายอิตาลี เริ่มมีการนำระบบแจ้งก่อนดำเนินการมาใช้เป็นครั้งแรกในจังหวัด Trento ซึ่งเป็นจังหวัดปกครองตนเองที่มีอำนาจตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับภายในเขตจังหวัดตัวเอง โดยกฎหมายของจังหวัด ฉบับที่ ๔๕ ค.ศ. ๑๙๘๘ ได้กำหนดในมาตรา ๒๒ ให้กฎหมายของจังหวัดอาจกำหนดให้นำระบบแจ้งก่อนดำเนินการมาใช้แทนที่ระบบอนุญาตในเรื่องที่กฎหมายกำหนด แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนอำนาจในการควบคุมตรวจสอบของหน่วยงานทางปกครองของจังหวัดในเรื่องนั้น ๆ

ในปี ค.ศ. ๑๙๙๐ ผู้ตรากฎหมายก็ได้นำกลไกการแจ้งก่อนดำเนินการมาบัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๒๔๑/๑๙๙๐ ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ โดยบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแจ้งก่อนดำเนินการไว้ในมาตรา ๑๙ ในฐานะที่เป็นเครื่องมือหนึ่งในการลดความซับซ้อนในการพิจารณาทางปกครอง เดิมกลไกการแจ้งก่อนดำเนินการมีชื่อเรียกว่า “Dichiarazione di inizio attività” (“declaration of starting business”) หรือ DIA ก่อนที่จะเปลี่ยนเป็น “Segnalazione certificata di inizio attività” (“Certified notice of starting a business”) หรือ SCIA ในปัจจุบัน

^{๕๑}Decreto-Legge, 26 marzo 2010, n°59 Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno.

^{๕๒}Decreto-Legge, 24 gennaio 2012, n°1 Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività.

^{๕๓}สรุปจาก ZUANELLI BRAMBILLA (L.) and LA FEMINA (N.), “From notices of commencement to certified notifications : substantive and procedural profiles”, in Annual Report 2015 – Italy (May 2015), IUS Publicum Network Review.

เดิมบทบัญญัติมาตรา ๑๙ ได้กำหนดให้บุคคลผู้ประสงค์จะประกอบกิจการที่ต้องได้รับความยินยอมจากทางราชการต้องแจ้งการประกอบกิจการนั้นต่อหน่วยงานของรัฐที่ดูแลเรื่องนั้นก่อนที่จะเริ่มประกอบกิจการ หลังจากนั้น หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องจะทำการตรวจสอบว่าการประกอบกิจการเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ อย่างไร ซึ่งหากพบว่ามี การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ก็จะออกคำสั่งให้ระงับการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือแก้ไขให้ถูกต้อง ซึ่งหากผู้ประกอบการไม่ดำเนินการตามคำสั่งภายในเวลาที่กำหนด ก็จะมีคำสั่งให้หยุดประกอบกิจการ และระงับผลกระทบที่เกิดจากการประกอบกิจการ

ในช่วงแรกกลไกตามมาตรา ๑๙ มิได้มีขอบเขตใช้บังคับเป็นการทั่วไป แต่มีการตรารัฐธรรมนูญของประธานาธิบดีกำหนดเรื่องนี้อาจใช้กลไกดังกล่าวและเรื่องที่ต้องห้ามมิให้ใช้กลไกนี้^{๕๔} รวมทั้งกำหนดถึงผลของการแจ้ง โดยในบางเรื่อง การแจ้งมีผลให้สามารถเริ่มประกอบได้ทันที ขณะที่ในบางเรื่องที่มีการตรวจสอบมีความซับซ้อน ผู้แจ้งจะเริ่มประกอบกิจการได้เมื่อล่วงพ้นกำหนดเวลาที่กำหนดไปแล้ว ซึ่งกำหนดเวลาดังกล่าวมีตั้งแต่สองสัปดาห์จนถึงหนึ่งปี แต่ต่อมาในปี ค.ศ. ๑๙๙๓ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ ๒๔๑/๑๙๙๐ กำหนดให้การแจ้งก่อนดำเนินการมีขอบเขตการใช้บังคับเป็นการทั่วไป และมีผลให้ผู้แจ้งสามารถเริ่มประกอบกิจการได้ทันทีหลังจากแจ้งต่อทางราชการ^{๕๕}

ตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๙๐ มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา ๑๙ อยู่บ่อยครั้ง ครั้งสำคัญ คือ การแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. ๒๐๑๐ โดยรัฐกำหนด ฉบับที่ ๕๙/๒๐๑๐ ที่อนุวัติการตาม “ข้อกำหนด Bolkestein” (directive 2006/123/EC) โดยมีการเปลี่ยนชื่อเรียกกลไกการแจ้งก่อนดำเนินการ จากเดิมที่เรียกว่า “Dichiarazione di inizio attività” (DIA) เป็น “Segnalazione certificata di inizio attività” (SCIA) รวมทั้งเปลี่ยนแปลงรายละเอียดของหลักเกณฑ์การแจ้งก่อนดำเนินการด้วย

๓.๒ หลักเกณฑ์การแจ้งก่อนดำเนินการในปัจจุบัน

มาตรา ๑๙ แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ ๒๔๑/๑๙๙๐ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแจ้งก่อนดำเนินการ (SCIA) ไว้ พอสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้

สำหรับ “เรื่อง” ที่ใช้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการนั้น มาตรา ๑๙ วรรคหนึ่ง ได้กำหนดให้ใช้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการเป็นการทั่วไป กล่าวคือ การประกอบกิจการใด ๆ ที่มีข้อจำกัดต้องได้รับอนุญาตจากทางราชการก่อน ให้นำระบบแจ้งก่อนดำเนินการไปใช้แทนที่ระบบอนุญาต ยกเว้นเรื่องดังต่อไปนี้ที่ไม่อาจใช้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการได้ :

- เรื่องที่กฎหมายกำหนดไว้ว่ามีการอนุญาตได้ไม่เกินจำนวนเท่าใด
- เรื่องที่มีข้อจำกัดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ภูมิทัศน์ หรือวัฒนธรรม
- เรื่องที่อยู่ในอำนาจของหน่วยงานในด้านการป้องกันประเทศ การรักษาความปลอดภัยสาธารณะ การเข้าเมือง การลี้ภัย สถานะพลเมือง กระบวนการยุติธรรม การคลังของรัฐ และกฎหมายเกี่ยวกับการก่อสร้างในเขตพื้นที่ที่มีแผ่นดินไหว
- เรื่องที่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายสหภาพยุโรป

^{๕๔} รัฐธรรมนูญของประธานาธิบดี ฉบับที่ ๓๐๐ ลงวันที่ ๒๖ เมษายน ค.ศ. ๑๙๙๒

^{๕๕} รัฐธรรมนูญ ฉบับที่ ๕๓๗ ลงวันที่ ๒๔ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๙๓

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า มาตรา ๑๙ วรรคหนึ่ง มิได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับกรณีสุขภาพของบุคคลไว้ด้วย แต่โดยเหตุผลของเรื่องแล้ว ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นเรื่องที่ต้องห้ามมิให้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการมาใช้ เพราะเป็นประโยชน์อันสำคัญยิ่งที่ต้องคุ้มครองอย่างเคร่งครัด

ส่วนขั้นตอนการแจ้ง บุคคลที่ประสงค์จะประกอบกิจการในเรื่องใดอาจแจ้งการประกอบกิจการในเรื่องนั้นต่อหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบ โดยแนบบรรดาเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ที่ตนเป็นผู้รับรองไปพร้อมกับการแจ้งนั้น (การให้ผู้แจ้งเป็นผู้รับรองข้อมูลต่าง ๆ เอง แทนที่จะต้องขอไปรับรองหรือเอกสารราชการมาประกอบการแจ้ง ก็เพื่อมิให้เป็นภาระแก่ผู้ประสงค์จะประกอบกิจการ) และล่าสุดในปี ค.ศ. ๒๐๑๖ ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ ๒๔๑/๑๙๙๐ โดยรัฐกำหนด ฉบับที่ ๑๒๖/๒๐๑๖^{๕๖} ที่เพิ่มมาตรา ๑๙ ทวิ กำหนดให้เว็บไซต์ของหน่วยงานของรัฐจัดให้มีช่องทางการแจ้งประกอบกิจการออนไลน์ได้ โดยกรณีที่มีการประกอบกิจการในเรื่องใดต้องมีการอนุญาตจากหลายหน่วยงาน ก็ยอมรับให้แจ้งประกอบกิจการรวมเพียงอันเดียวได้ (“unica SCIA”) ไม่ต้องแจ้งต่อทุกหน่วยงาน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ประกอบการ อนึ่ง กฎหมายได้กำหนดโทษอาญาที่รุนแรงสำหรับบุคคลที่แจ้งประกอบกิจการโดยแสดงข้อความอันเป็นเท็จ โดยผู้กระทำผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสามปีตามที่กำหนดในมาตรา ๑๙ วรรคหก

การแจ้งมีผลทางกฎหมายให้ผู้แจ้งมีสิทธิเริ่มประกอบกิจการที่แจ้งนั้นได้ทันทีในวันที่แจ้งต่อหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย (มาตรา ๑๙ วรรคสอง) ยกเว้นกรณีการประกอบกิจการในเรื่องเกี่ยวกับการเงินตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารและการกู้ยืมเงินและกฎหมายว่าด้วยพาณิชย์ กิจ ที่มีหลักเกณฑ์เฉพาะเกี่ยวกับผลของการแจ้ง (มาตรา ๑๙ วรรคสี่ ทวิ)

หน่วยงานที่เกี่ยวข้องมีเวลา ๖๐ วันนับแต่วันที่ได้รับการแจ้งประกอบกิจการในการตรวจสอบว่าการประกอบกิจการที่แจ้งไว้นั้นฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ ซึ่งหากพบว่ามีกรณีฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย หน่วยงานก็มีอำนาจออกคำสั่งห้ามมิให้ผู้เกี่ยวข้องประกอบกิจการต่อไปและระงับผลกระทบต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น โดยกรณีที่อาจมีการแก้ไขการประกอบกิจการให้ถูกต้องตามบทบัญญัติของกฎหมายได้ หน่วยงานมีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้เกี่ยวข้องแก้ไขการประกอบกิจการนั้นภายในระยะเวลาที่กำหนดซึ่งต้องไม่น้อยกว่า ๓๐ วัน และหากไม่มีการแก้ไขการประกอบกิจการให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่กำหนด ผู้เกี่ยวข้องไม่อาจประกอบกิจการนั้นต่อไปได้ ดังนี้ การออกคำสั่งห้ามประกอบกิจการก็ดี หรือคำสั่งให้แก้ไขการประกอบกิจการก็ดี จึงต้องกระทำภายในระยะเวลา ๖๐ วันนับแต่วันที่หน่วยงานได้รับการแจ้งประกอบกิจการ^{๕๗} ส่วนกรณีที่ล่วงพ้นระยะเวลา ๖๐ วันดังกล่าวไปแล้ว หน่วยงานจะออกคำสั่งห้ามประกอบกิจการได้เฉพาะกรณีที่มีภัยอันตรายที่อาจก่อความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขเยียวยาในภายหลังได้ต่อสิ่งแวดล้อม ภูมิทัศน์ มรดกทางวัฒนธรรม สุขภาพของบุคคล ความปลอดภัยสาธารณะ หรือการป้องกันประเทศเท่านั้น และต้องเป็นกรณีที่มีการแก้ไขการประกอบกิจการให้ถูกต้องตามกฎหมายก็ไม่อาจคุ้มครองประโยชน์ต่าง ๆ ดังกล่าวได้

^{๕๖}Decreto-Legge, 30 giugno 2016, n°126 Attuazione della delega in materia di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), a norma dell'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124.

^{๕๗}ระยะเวลาจะลดลงเหลือ ๓๐ วันสำหรับกรณีแจ้งประกอบกิจการเกี่ยวกับการก่อสร้างอาคารหรือการใช้ประโยชน์ในที่ดิน (มาตรา ๑๙ วรรคหก ทวิ)

สำหรับการคุ้มครองบุคคลที่สามที่อาจได้รับผลกระทบจากการประกอบกิจการที่แจ้งต่อทางราชการนั้น โดยที่มีแนวคิดว่าการแจ้งเป็น “การกระทำของเอกชน” (atto privato) ที่ทำให้ผู้แจ้งสามารถประกอบกิจการได้โดยผลของกฎหมาย โดยไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองใด ๆ จากฝ่ายปกครอง แม้แต่การอนุญาตโดยปริยาย ดังนั้น มาตรา ๑๙ วรรคหก ทรี แห่งรัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๒๔๑/๑๙๙๐ จึงบัญญัติว่าการแจ้งประกอบกิจการไม่มีสถานะเป็น “คำสั่งทางปกครองโดยปริยายที่จะนำไปฟ้องคดีได้โดยตรง” (“*provvedimenti taciti direttamente impugnabili*”) แต่บรรดาผู้เกี่ยวข้อง (ผู้ได้รับผลกระทบ) อาจขอให้ฝ่ายปกครองทำการตรวจสอบการประกอบกิจการได้ ซึ่งหากฝ่ายปกครองละเลยไม่ดำเนินการ ก็อาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้มีการพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการได้ ตามมาตรา ๓๑ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง

๔. สรุปหลักในการใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาต

โดยสรุป มาตรการควบคุมการประกอบกิจการในระบบกฎหมายอิตาลีมีอยู่สามรูปแบบใหญ่ ๆ ได้แก่ (๑) การแจ้งก่อนดำเนินการ (๒) ระบบอนุญาตโดยปริยาย และ (๓) ระบบอนุญาตปกติ ปัจจุบัน การแจ้งก่อนดำเนินการถือเป็น “มาตรการทั่วไป” ที่นำมาใช้ในเรื่องที่ถูกกฎหมายมิได้ห้ามใช้กลไกดังกล่าว กล่าวคือ มีเรื่องที่มีการจำกัดจำนวนการอนุญาตไว้ เรื่องที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์อันสำคัญยิ่งของส่วนรวมตามที่กฎหมายกำหนด^{๕๘} หรือเรื่องที่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายสหภาพยุโรป ส่วนเรื่องใดที่ถูกกฎหมายห้ามมิให้ใช้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการ ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าจะใช้ระบบอนุญาตโดยปริยายได้หรือไม่ หากเป็นเรื่องที่ถูกกฎหมายไม่ยอมรับให้ใช้ระบบอนุญาตโดยปริยาย เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์อันสำคัญยิ่งของส่วนรวม^{๕๙} เรื่องที่ถูกกฎหมายสหภาพยุโรปกำหนดให้มีการออกคำสั่งทางปกครองโดยชัดแจ้ง หรือเรื่องอื่น ๆ ที่กฎหมายเฉพาะกำหนดมิให้ใช้กลไกดังกล่าว ก็ต้องใช้ระบบอนุญาตปกติ คือ ต้องมีการพิจารณาออกคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย

ทั้งนี้ ในส่วนของการพิจารณาเลือกระหว่างระบบแจ้งก่อนดำเนินการและระบบอนุญาตโดยปริยายนั้น บางครั้งก็มีเรื่องง่าย เพราะบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้อง (มาตรา ๑๙ และมาตรา ๒๐ แห่งรัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๒๔๑/๑๙๙๐) มีหลักเกณฑ์ที่ค่อนข้างซับซ้อน ที่ผ่านมาจึงต้องอาศัยแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่วางหลักว่า ถ้าในเรื่องใดไม่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นพิเศษ การแจ้งก่อนดำเนินการจะนำมาใช้ได้เฉพาะกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจ ส่วนระบบอนุญาตโดยปริยายจะใช้ได้กับเรื่องที่ถูกกฎหมายให้ดุลพินิจในระดับต่ำแก่ฝ่ายปกครอง แต่ถ้าเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในระดับสูง ต้องใช้ระบบอนุญาตปกติที่ฝ่ายปกครองได้พิจารณาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายก่อนใช้ดุลพินิจพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาต^{๖๐} ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่การพิจารณาเลือกใช้มาตรการต่าง ๆ อาจมีความยุ่งยาก ในบางเรื่องจึงมีการตรากฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ให้ชัดเจน เช่น

^{๕๘} สิ่งแวดล้อม ภูมิทัศน์ วัฒนธรรม การป้องกันประเทศ การรักษาความปลอดภัยสาธารณะ การเข้าเมือง การลี้ภัย สถานะพลเมือง กระบวนการยุติธรรม การคลังของรัฐ และการก่อสร้างในเขตพื้นที่ที่มีแผ่นดินไหว (และรวมถึงสุขภาพของบุคคลด้วย แม้ว่าบทบัญญัติกฎหมายจะได้ระบุไว้ชัดเจน)

^{๕๙} มรดกทางวัฒนธรรม ภูมิทัศน์ สิ่งแวดล้อม การป้องกันประเทศ การรักษาความปลอดภัยสาธารณะ การเข้าเมือง การลี้ภัย สถานะพลเมือง และสุขภาพของบุคคล

^{๖๐} สำหรับแนวทางการใช้ระบบอนุญาตโดยปริยายและระบบอนุญาตปกติที่มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “ความเข้มข้น” ในการใช้ “ดุลพินิจ” ของฝ่ายปกครองนี้ เป็นไปตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ ๒๖ ลงวันที่ ๒๗ มกราคม ค.ศ. ๒๐๐๖

รัฐกำหนด ฉบับที่ ๑๒๖/๒๐๑๖ ที่กำหนดว่าการประกอบธุรกิจในเรื่องใดที่ใช้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการ เรื่องใดใช้ระบบอนุญาตโดยปริยาย และเรื่องใดใช้ระบบอนุญาตปกติ นอกจากนี้ ในส่วนของการใช้ระบบอนุญาตโดยปริยาย รัฐกำหนด ฉบับที่ ๓๓/๒๐๑๓^{๖๑} ยังกำหนดให้หน่วยงานของรัฐต่าง ๆ จัดทำและประกาศบัญชีการอนุญาตในความรับผิดชอบที่สามารถใช้ระบบอนุญาตโดยปริยายได้ เพื่อเป็นข้อมูลแก่ประชาชน

หลักในการใช้มาตรการควบคุมของรัฐในระบบกฎหมายอิตาลี

ลักษณะของเรื่อง		มาตรการควบคุมที่ใช้	คุณภาพ/ความรวดเร็ว
ประโยชน์อันสำคัญยิ่ง (สิ่งแวดล้อม ภูมิทัศน์ สุขภาพ ของบุคคล ฯลฯ) และมีการใช้ดุลพินิจระดับสูง		ระบบอนุญาตปกติ (ฝ่ายปกครองมีคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตโดยชัดแจ้ง)	มีการตรวจสอบโดยเจ้าหน้าที่ /แต่อาจมีความล่าช้าในการพิจารณาอนุญาต
เรื่องอื่น ๆ	มีการใช้ดุลพินิจในระดับต่ำ	ระบบอนุญาตโดยปริยาย (silenzio-assenso)	อาจไม่มีการตรวจสอบ/แต่มีการอนุญาตในเวลาที่เหมาะสม
	ไม่มีดุลพินิจ	ระบบแจ้งก่อนดำเนินการ (SCIA)	เจ้าหน้าที่ตรวจสอบในภายหลัง /เอกชนดำเนินการได้ทันที

ดังนั้น ความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองจึงเป็น “ตัวชี้วัด” ว่าสมควรใช้มาตรการควบคุมรูปแบบใด หากเป็น “ประโยชน์อันสำคัญยิ่ง” (“strong interests”) ย่อมต้องใช้ระบบอนุญาตปกติที่มีขั้นตอนการพิจารณาที่เคร่งครัด แม้อาจจะใช้เวลาตาม ส่วนกรณีที่มีใช้ประโยชน์อันสำคัญยิ่ง อาจมีการลดความซับซ้อนของขั้นตอนการพิจารณาได้ โดยยอมรับให้ใช้กลไกการอนุญาตโดยปริยายหรือการแจ้งก่อนดำเนินการ เพื่อมิให้เกิดความล่าช้าแก่เอกชนผู้ยื่นขอประกอบกิจการ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การใช้มาตรการควบคุมมีข้อพิจารณาสองด้านที่อาจขัดแย้งกัน ด้านหนึ่ง คือ “คุณภาพ” ของการพิจารณา อีกด้านหนึ่ง คือ “ความรวดเร็ว” ในการดำเนินการ โดยกรณีของเรื่องนี้อาจมีผลกระทบต่อ “ประโยชน์อันสำคัญยิ่ง” ย่อมต้องคำนึงถึง “คุณภาพ” ก่อน “ความรวดเร็ว” และใช้ระบบอนุญาตปกติ

^{๖๑}Decreto-Legge, 14 marzo 2013, n°33 Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni.

สำหรับสิ่งที่ระบบกฎหมายอิตาลีถือว่าเป็น “ประโยชน์อันสำคัญยิ่ง” นั้น อาจแบ่งออกได้เป็นสองกลุ่ม ได้แก่ (๑) เรื่องที่สำคัญยิ่งต่อคุณภาพชีวิตของบุคคล และ (๒) เรื่องที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐ

เรื่องที่สำคัญยิ่งต่อคุณภาพชีวิตของบุคคล ได้แก่ สุขภาพของบุคคล สิ่งแวดล้อม ภูมิทัศน์ และมรดกทางวัฒนธรรม

- “สุขภาพของบุคคล” ได้รับการรับรองโดยบทบัญญัติมาตรา ๓๒ วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ที่บัญญัติว่า “สาธารณรัฐให้ความสำคัญคุ้มครองสุขภาพในฐานะที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลและในฐานะประโยชน์ของส่วนรวม...”

- “สิ่งแวดล้อม” มีความเกี่ยวเนื่องสัมพันธ์กับ “สุขภาพของบุคคล” อย่างใกล้ชิด แนบแน่น เพราะมีผลต่อสุขภาพของบุคคล โดยแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญถือว่าสิทธิในการมีสิ่งแวดล้อมที่ดีของบุคคลมีรากฐานมาจากสิทธิในสุขภาพตามมาตรา ๓๒ ของรัฐธรรมนูญ

- “ภูมิทัศน์” (paesaggio ; natural landscape) ได้รับการรับรองโดยบทบัญญัติมาตรา ๙ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ ที่บัญญัติว่า “สาธารณรัฐให้ความสำคัญคุ้มครองแก่ภูมิทัศน์...” โดยในช่วงแรก “ภูมิทัศน์” มีความหมายค่อนข้างแคบ จำกัดอยู่เฉพาะมิติทางสุนทรียศาสตร์หรือความงามของทิวทัศน์ แต่ต่อมาได้ขยายขอบเขตรวมถึงการคุ้มครองระบบนิเวศน์ทั้งหมด อันเป็นการตีความบทบัญญัติมาตรา ๙ วรรคสอง ในทางขยายความ ปัจจุบัน ข้อความคิดเกี่ยวกับ “ภูมิทัศน์” ตั้งอยู่บนความเชื่อที่ว่า ภูมิทัศน์เป็นเสมือน “กระจกเงา” ที่สะท้อนอารยธรรมของมนุษย์ หรือเป็นโฉมหน้าของการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศที่เกิดขึ้นในดินแดนหนึ่ง ณ ห้วงเวลาหนึ่ง

“สิ่งแวดล้อม” และ “ภูมิทัศน์” เป็นเรื่องที่มาตรา ๑๑๗ ของรัฐธรรมนูญบัญญัติให้รัฐส่วนกลางเป็นผู้มีอำนาจตรากฎหมายแต่เพียงผู้เดียว เพราะถือเป็นเรื่องสำคัญที่ไม่อาจปล่อยให้อยู่ในอำนาจของแคว้นต่าง ๆ ที่อาจตรากฎหมายในแนวทางที่ลัดกันกันได้ ทั้งนี้ อาจมีกรณี “คุณค่า” ทั้งสองประการนี้ขัดแย้งกัน เช่น การสร้างกังหันลมผลิตไฟฟ้า ในด้านหนึ่ง ย่อมเป็นผลดีต่อสิ่งแวดล้อม เพราะเป็นพลังงานทดแทนที่สะอาดไม่ก่อมลพิษ แต่อีกด้านหนึ่ง ก็อาจกระทบต่อทัศนียภาพโดยรอบซึ่งไม่เป็นผลดีต่อ “ภูมิทัศน์” ได้

- “มรดกทางวัฒนธรรม” ได้รับการรับรองไว้ในบทบัญญัติมาตรา ๙ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับ “ภูมิทัศน์” โดยมาตราดังกล่าวบัญญัติว่า “สาธารณรัฐให้ความสำคัญคุ้มครองแก่...มรดกทางประวัติศาสตร์และทางศิลปกรรมของชาติ” นอกจากนี้ มาตรา ๑๑๗ ของรัฐธรรมนูญยังบัญญัติให้เรื่องเกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมอยู่ในอำนาจตรากฎหมายของรัฐส่วนกลางเท่านั้น อันชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของเรื่องดังกล่าว

สำหรับ “ประโยชน์อันสำคัญยิ่ง” ที่เป็นเรื่องความมั่นคงของรัฐหรือที่เกี่ยวข้องเนื่อง ได้แก่ การป้องกันประเทศ การรักษาความปลอดภัยสาธารณะ การเข้าเมือง การลี้ภัย สถานะพลเมือง กระบวนการยุติธรรม และการคลังของรัฐ ซึ่งเรื่องต่าง ๆ เหล่านี้อยู่ในอำนาจตรากฎหมายของรัฐส่วนกลางทั้งสิ้น ตามที่กำหนดในมาตรา ๑๑๗ ของรัฐธรรมนูญ ส่วนกฎเกณฑ์การก่อสร้างในเขตพื้นที่ที่มีแผ่นดินไหว ซึ่งเป็นเรื่องที่มีห้ามมิให้นำระบบแจ้งก่อนดำเนินการมาใช้แทนระบบอนุญาตนั้น ก็พิเคราะห์ได้ว่า เป็นเรื่องเกี่ยวกับความปลอดภัยของบุคคลและอาจกระทบต่อความมั่นคงของรัฐโดยรวมด้วย

ในบรรดาประเทศแถบภาคพื้นทวีปยุโรปนั้น อิตาลีเป็นประเทศที่ดำเนินการลดมาตรการควบคุมของรัฐอย่างจริงจัง โดยผลของรัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๒๔๑/๑๙๙๐ ซึ่งเป็น “กฎหมายกลาง” ที่นำระบบแจ้งก่อนดำเนินการมาใช้แทนที่ระบบอนุญาตที่กำหนดในกฎหมายเฉพาะฉบับต่าง ๆ ทั้งหมด (ยกเว้นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์อันสำคัญยิ่งของส่วนรวม) จนมีผู้กล่าวว่า ในเรื่องการลด-เลิกระบบอนุญาตของทางราชการนั้น “อิตาลีเป็นกรณีที่น่าตื่นตาตื่นใจที่สุด”^{๖๒} อย่างไรก็ตาม ฝ่ายตำราบางส่วนในอิตาลีก็ไม่เห็นด้วยกับแนวทางดังกล่าว โดยเห็นว่า การพิจารณาทางปกครองที่ดีต้องมีการตรวจสอบโดยฝ่ายปกครองและมีการออกคำสั่งทางปกครองโดยชัดแจ้ง มีการให้เหตุผลประกอบคำสั่ง รวมทั้งคุ้มครองบุคคลที่สามซึ่งอาจได้รับผลกระทบ ทว่าในกลไกการแจ้งก่อนดำเนินการนั้น ไม่มีหลักประกันข้างต้น การนำระบบแจ้งก่อนดำเนินการมาใช้เป็นการทั่วไปจึงไม่ใช่ “ทางออก” ที่ดีที่สุดในการแก้ไขปัญหาความล่าช้าในการพิจารณาของทางราชการ แต่ควรปรับปรุงระบบการทำงานของหน่วยงานของรัฐให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและเอาผิดกับเจ้าหน้าที่ที่ละเลยล่าช้า จะเป็นการเหมาะสมมากกว่า^{๖๓}

^{๖๒} ความเห็นของศาสตราจารย์ Michel FROMENT ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายปกครองเปรียบเทียบชาวฝรั่งเศส โปรดดู FROMENT (M.), “Les politiques de simplification des procédures administratives dans les autres États européens”, in Association française pour la recherche en droit administratif, **Les procédures administratives**, (Paris : Dalloz, 2015), p. 130.

^{๖๓} PARISIO (V.), “The Italian Administrative Procedure Act and Public Authorities’ Silence”, Hamline Law Review, vol. 36 Issue 1 Article 2, pp. 24 – 25.

บทที่ ๓ การใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในระบบกฎหมายสวิส*

สมาพันธรัฐสวิส (Confédération helvétique) ประกอบด้วยมลฑลต่าง ๆ (cantons) รวมทั้งสิ้น ๒๖ มลฑล ซึ่งมีรัฐธรรมนูญ รัฐบาล และรัฐสภาที่ออกกฎหมายใช้บังคับภายในเขตมลฑล ส่วนสมาพันธรัฐมีสถาบันการเมืองที่สำคัญ ได้แก่ รัฐสภาแห่งสมาพันธรัฐ (Assemblée fédérale) ซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและคณะมนตรีแห่งสมาพันธรัฐ (Conseil fédéral) ซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายบริหารที่มีสถานะเทียบเท่าคณะรัฐมนตรี ประกอบด้วยมนตรีแห่งสมาพันธรัฐจำนวน ๗ คน ซึ่งผลัดเปลี่ยนกันเป็นประธานาธิบดีแห่งสมาพันธรัฐ (Président de la Confédération)

สำหรับการศึกษาระบบอนุญาตในกฎหมายของสมาพันธรัฐสวิส จะจำกัดขอบเขตอยู่เฉพาะนโยบายและมาตรการทางกฎหมายในระดับสมาพันธรัฐเท่านั้น

๑. รูปแบบของมาตรการควบคุมของรัฐ

สมาพันธรัฐสวิสมีมาตรการแทรกแซงในทางเศรษฐกิจและสังคมที่หลากหลาย และมีผลกระทบต่อการประกอบกิจการ การประกอบอาชีพ หรือการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในระดับที่แตกต่างกันไป ซึ่งอาจจัดประเภทจากมาตรการที่มีผลกระทบมากที่สุดไปสู่มาตรการที่มีผลกระทบน้อยที่สุดได้ ดังนี้

๑.๑ การยกเว้นต่อข้อห้าม (Exception à l'interdiction)

เป็นกรณีที่รัฐกำหนดข้อห้ามมิให้บุคคลกระทำการ แต่อาจยกเว้นเป็นกรณีพิเศษให้ได้ มาตรการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดจำนวนการใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทรัพย์สินอื่นของรัฐ เพื่อประโยชน์ในการกำกับควบคุมทางเศรษฐกิจ (régulation économique) โดยมักจะใช้ในกรณีที่รัฐมีอำนาจผูกขาด (monopole) โดยรัฐอาจให้สัมปทาน (concession) แก่บุคคลดำเนินการใด ๆ ได้ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐเป็นผู้กำหนด เช่น การก่อสร้างระบบสาธารณูปโภค การผลิตสุรา การใช้คลื่นความถี่วิทยุ ฯลฯ หรือบางกรณีอาจเป็นการอนุมัติโควตาสินค้าต่าง ๆ เช่น ผลผลิตทางการเกษตร ทั้งนี้ การยกเว้นต่อข้อห้ามถือเป็นมาตรการควบคุมที่เคร่งครัดมากที่สุด โดยฝ่ายปกครองมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการพิจารณาว่าจะให้สิทธิหรือไม่ให้สิทธิแก่บุคคลใด เป็นจำนวนเท่าใด และภายใต้เงื่อนไขใด

๑.๒ การอนุญาต (Autorisation)

เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเห็นชอบ (โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย) ให้บุคคลประกอบกิจการทางเศรษฐกิจได้ การอนุญาตมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาคุณภาพมาตรฐานและความปลอดภัยในเรื่องที่เกี่ยวข้อง อันเป็นการกำกับควบคุมทางสังคม (régulation sociale) การอนุญาตมีรูปแบบที่หลากหลาย โดยอาจเป็นการอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบวิชาชีพ บางครั้งกลไกการอนุญาตอาจมีชื่อเรียกอย่างอื่น เช่น การรับรอง หรือการขึ้นทะเบียน โดยปกติการอนุญาตไม่มีข้อจำกัดในแง่ของจำนวนบุคคลที่จะได้รับการอนุญาต ซึ่งแตกต่างจากกรณีของการยกเว้นต่อข้อห้ามที่อาจมีการจำกัดจำนวนของบุคคลที่จะได้รับสิทธิจากรัฐ

*โดย นายศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ หัวหน้าคณะทำงานศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย

๑.๓ การแจ้งก่อนดำเนินการ (Obligation d'annonce)

เป็นกรณีที่บุคคลผู้ประสงค์จะประกอบกิจการมีหน้าที่แจ้งต่อหน่วยงานของรัฐก่อนที่จะประกอบกิจการ การแจ้งเป็นกลไกที่กระชับเสรีภาพของบุคคลค่อนข้างน้อย เพราะบุคคลสามารถประกอบกิจการได้ทันทีหลังจากแจ้งต่อทางราชการ ซึ่งจะมีการตรวจสอบในภายหลังว่าการประกอบกิจการนั้นฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่ นอกจากนี้ ในแง่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง กฎหมายก็มักจะไม่มีข้อจำกัดเกี่ยวกับบุคคลที่จะแจ้งประกอบกิจการ ซึ่งแตกต่างจากการอนุญาตที่กฎหมายมักจะกำหนดคุณสมบัติของบุคคลผู้ขออนุญาตไว้อย่างรัดกุม

๑.๔ การกำหนดกฎเกณฑ์ให้ปฏิบัติ (Prescription)

บางกรณีกฎหมายอาจมีได้กำหนดให้ผู้ประกอบการต้องขออนุญาตหรือแจ้งก่อนเริ่มประกอบกิจการ เพียงแต่กำหนดกฎเกณฑ์ให้ผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตาม ซึ่งการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ที่กำหนดมีโทษตามกฎหมาย การวางกฎเกณฑ์ให้ปฏิบัตินี้มีวัตถุประสงค์ในการกำกับควบคุมทางสังคม (régulation sociale) เช่นเดียวกับการอนุญาต และบางกรณีอาจมีผลกระทบต่อผู้ประกอบการในระดับใกล้เคียงกับการขออนุญาตต่อทางราชการ

๑.๕ การให้ข้อมูล (Obligation d'information)

เป็นเครื่องมือควบคุมคุณภาพมาตรฐานของสินค้าและบริการผ่านการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภค ซึ่งโดยส่วนใหญ่เป็นมาตรการเพื่อเลือกสำหรับผู้ประกอบการ มิใช่มาตรการที่บังคับให้ต้องปฏิบัติ เช่น การที่รัฐออกเครื่องหมายรับรองคุณภาพ (label de qualité) หรือใบรับรองแก่ผู้ประกอบการที่ผลิตสินค้าหรือให้บริการที่มีคุณภาพมาตรฐานตามที่กฎหมายกำหนด หรือบางกรณีผู้ประกอบการอาจผลิตและจำหน่ายสินค้าได้อย่างเสรีโดยไม่ต้องขออนุญาตหรือแจ้งต่อทางราชการก่อน แต่ต้องมีการให้ข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าที่ผลิตและจำหน่ายโดยการปิดฉลากให้ข้อมูลสำคัญบนผลิตภัณฑ์ ทั้งนี้ การให้ข้อมูลมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้าง “ความโปร่งใส” ในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการ และขณะเดียวกันก็เป็นการคุ้มครองผู้บริโภคด้วย

จากการสำรวจมาตรการควบคุมทั้งหมดในระดับสหภาพรัฐในปี ค.ศ. ๒๐๐๕ พบว่าระบบอนุญาตเป็นมาตรการที่มีการใช้มากที่สุด (ร้อยละ ๖๔) ตามด้วยการยกเว้นต่อข้อห้าม (ร้อยละ ๒๒) การแจ้งก่อนดำเนินการ (ร้อยละ ๗) การให้ข้อมูล (ร้อยละ ๕) และการกำหนดกฎเกณฑ์ให้ปฏิบัติ (ร้อยละ ๒) การใช้ระบบอนุญาตเป็นมาตรการหลักนี้ ทำให้เกิดภาระแก่ผู้ประกอบการและเป็นอุปสรรคแก่การพัฒนาเศรษฐกิจในภาพรวม ในช่วงหลังจึงมีแนวคิดที่จะลดการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย และเปลี่ยนไปใช้มาตรการอื่นแทนระบบอนุญาต หรือลดผลกระทบที่เกิดจากระบบอนุญาต^{๖๔}

๒. มาตรการทางกฎหมายในการลดผลกระทบของระบบอนุญาต

คณะมนตรีแห่งสหพันธ์ (Conseil fédéral) ได้ศึกษาปัญหาที่เกิดจากระบบอนุญาตในกฎหมายมานานแล้ว โดยในปี ค.ศ. ๑๙๙๙ ได้มีการเผยแพร่รายงานการศึกษาที่สำรวจจำนวนระบบอนุญาตที่ใช้อยู่ในกฎหมายระดับสหพันธ์ในด้านเศรษฐกิจและผลการประเมินระบบอนุญาตดังกล่าว^{๖๕} รวมทั้งรายงานการศึกษาเกี่ยวกับมาตรการในการลด-เลิกกฎหมายและลดขั้นตอน

^{๖๔} DE CHAMBRIER (A. A.), “Les procédures fédérales d’autorisation sont-elles vraiment toutes nécessaires ?”, La Vie économique 1/2, 2006, pp. 10 - 11.

^{๖๕} Rapport du Conseil fédéral du 17 février 1999, L’inventaire et l’évaluation des procédures de droit fédéral de l’économie, (Berne : publication SECO, 1999)

ของทางราชการ^{๖๖} และต่อมาในปี ค.ศ. ๒๐๐๕ ได้มีการเผยแพร่รายงานการศึกษาเกี่ยวกับระบบอนุญาตในกฎหมายระดับสมาพันธ์ที่ใช้กับเรื่องทางเศรษฐกิจ^{๖๗} ซึ่งผลการศึกษาดังกล่าวข้างต้นได้ให้ข้อสรุปว่า ระบบอนุญาตได้สร้างต้นทุนแก่ผู้ประกอบการและเป็นอุปสรรคแก่การประกอบธุรกิจ จึงสมควรจำกัด “ภาระ” ที่เกิดจากระบบอนุญาตให้มีผลกระทบน้อยที่สุด

ในการนี้ ได้มีการตรารัฐบัญญัติแห่งสมาพันธ์ ลงวันที่ ๒๑ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๗ ว่าด้วยการยกเลิกระบบอนุญาตและลดความซับซ้อนของระบบอนุญาต^{๖๘} กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้มีการยกเลิกระบบอนุญาตหรือลดความซับซ้อนของระบบอนุญาตจำนวน ๗๕ กระบวนงาน นอกจากนี้ยังมีข้อเสนอจากบางภาคส่วนให้ลด “ระยะเวลา” ในการพิจารณาอนุญาตให้มีความรวดเร็วยิ่งขึ้น โดยปรับเปลี่ยนระบบอนุญาตเป็น “ระบบคัดค้านคำขอ” (procédures d’opposition) ที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองคัดค้านการประกอบกิจการภายในเวลาที่กำหนดนับแต่วันที่รับคำขอประกอบกิจการ หากฝ่ายปกครองไม่คัดค้านภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด ผู้ประกอบการสามารถประกอบกิจการได้ (กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ เท่ากับเป็น “การอนุญาตโดยปริยาย” หากฝ่ายปกครองมิได้วินิจฉัยสั่งการใด ๆ ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด) ในการนี้คณะมนตรีแห่งสหพันธ์จึงได้จัดให้มีการศึกษาถึงข้อดีข้อเสียของระบบการคัดค้านคำขอ และในปี ค.ศ. ๒๐๐๙ คณะมนตรีแห่งสหพันธ์ได้มีมติเห็นชอบกับรายงานการศึกษา เรื่อง “ระบบคัดค้านคำขอและการลดระยะเวลาพิจารณาเรื่อง”^{๖๙} ซึ่งมีข้อสรุปว่า ระบบคัดค้านคำขอการประกอบกิจการเป็นวิธีการที่เหมาะสมกับบางเรื่องเท่านั้น แต่ไม่ควรนำมาใช้เป็นกรณีทั่วไป และการลดระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาตอาจกระทำได้ด้วยวิธีการอื่น เช่น กำหนดระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาตให้ชัดเจนและลดขั้นตอนในกระบวนการพิจารณาอนุญาต

ในปี ค.ศ. ๒๐๑๑ จึงมีการทบทวนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับระยะเวลาในการพิจารณาเรื่องของฝ่ายปกครอง โดยมีการตรารัฐกำหนด ลงวันที่ ๒๕ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๑๑ ว่าด้วยหลักการและ “ระยะเวลาเร่งรัด” (délais d’ordre) เกี่ยวกับขั้นตอนในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ^{๗๐} ที่ยกเลิกรัฐกำหนด ลงวันที่ ๑๗ พฤศจิกายน ค.ศ. ๑๙๙๙ ว่าด้วยระยะเวลาสำหรับการพิจารณาคำขอในขั้นต้นโดยฝ่ายปกครองในกระบวนการพิจารณาทางด้านเศรษฐกิจระดับสมาพันธ์^{๗๑} รัฐกำหนด ค.ศ. ๒๐๑๑ ได้กำหนด “หลักทั่วไป” (principes généraux) เกี่ยวกับการพิจารณาอนุญาต ระยะเวลา

^{๖๖} Rapport du Conseil fédéral du 3 novembre 1999, *Mesures de déréglementation et d’allègement administratif*, (Berne : publication SECO, 1999)

^{๖๗} Rapport du Conseil fédéral du 2 février 2005, *Les procédures d’autorisation du droit fédéral s’appliquant aux activités économiques : État actuel et évolution 1998-2004*, (Berne : publication SECO, 2005)

^{๖๘} Loi fédérale du 21 décembre 2007 sur la suppression et la simplification des procédures d’autorisation.

^{๖๙} Rapport du Conseil fédéral du 16 décembre 2009, *Procédure d’opposition et réduction des délais de traitement*, (Berne : publication SECO, 2009)

^{๗๐} Ordonnance du 25 mai 2011 sur les principes et les délais d’ordre relatifs aux procédures d’autorisation.

^{๗๑} Ordonnance du 17 novembre 1999 sur les délais impartis pour le traitement des demandes de première instance dans les procédures de droit fédéral de l’économie.

ในการพิจารณา^{๗๒} เอกสารที่ต้องยื่นต่อเจ้าหน้าที่ รวมทั้งแบบเอกสารที่เกี่ยวข้องกับระบบอนุญาตที่กำหนดในกฎหมายระดับสมพันธ์ ในลักษณะที่เป็น “กฎหมายกลาง” ดังนั้น หากจะมีการตรากฎหมายเฉพาะขึ้นใช้บังคับในเรื่องใดที่กำหนดให้ต้องมีการขออนุญาตจากทางราชการ ก็ต้องกำหนดหลักเกณฑ์ให้สอดคล้องกับหลักทั่วไปที่กำหนดในรัฐกำหนดฉบับนี้ ทั้งนี้ รัฐบาลสวิสได้จัดให้มีการตรวจสอบระบบอนุญาตในเรื่องทางเศรษฐกิจจำนวน ๑๙ กระบวนงานว่าสอดคล้องกับหลักทั่วไปในรัฐกำหนดว่าด้วยระยะเวลาเร่งรัดหรือไม่ หากไม่เป็นไปตามรัฐกำหนด ก็ต้องปรับปรุงกระบวนการอนุญาตนั้น ๆ ให้สอดคล้องกับรัฐกำหนด โดยการตรวจสอบดังกล่าวเป็นการดำเนินการร่วมกันระหว่างส่วนราชการที่มีหน้าที่รับผิดชอบและสมาคมผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง

๓. หลักในการใช้ระบบอนุญาตและการลด-เลิกระบบอนุญาต

รัฐกำหนด ลงวันที่ ๒๕ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๑๑ ว่าด้วยหลักการและระยะเวลาเร่งรัดเกี่ยวกับขั้นตอนในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ ได้วางหลักทั่วไปในการจัดทำกฎหมายที่กำหนดขั้นตอนการพิจารณาในขั้นต้นในเรื่องกฎหมายทางเศรษฐกิจไว้ในมาตรา ๒ วรรคหนึ่ง a. ว่าผู้ตรากฎหมายระดับสมพันธ์จะต้องกำหนดกระบวนการขั้นตอนที่เรียบง่ายและสร้างภาระน้อยที่สุดเท่าที่จะกระทำได้สำหรับผู้ยื่นคำขอและจะต้องพิจารณาทางเลือกอื่นที่อาจนำมาใช้แทนระบบอนุญาตแบบปกติ เช่น ระบบคัดค้านคำขอ (ระบบอนุญาตโดยปริยาย) หรือระบบแจ้งก่อนดำเนินการ รวมทั้งระบบอนุญาตด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์

ในส่วนของระบบอนุญาตที่มีอยู่แล้วตามกฎหมายในเรื่องต่าง ๆ นั้น รัฐบาลสวิสได้วางเกณฑ์พิจารณา (critères) ความจำเป็นในการใช้ระบบอนุญาตไว้เป็นแนวปฏิบัติแก่หน่วยงานของรัฐในการลด-เลิกระบบอนุญาต โดยกรณีที่ระบบอนุญาตในเรื่องใดมีลักษณะดังต่อไปนี้ ถือว่าระบบอนุญาตในเรื่องนั้นยังคงมีความจำเป็นต้องใช้ต่อไป

- เป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะที่ไม่อาจคุ้มครองโดยกลไกการตรวจสอบในภายหลัง เช่น การผลิตและจำหน่ายยาประเภทใหม่
- การให้สิทธิที่มีลักษณะพิเศษ เช่น การจดสิทธิบัตร การให้สัมปทาน ฯลฯ
- เป็นการสร้างความชอบธรรมแก่การดำเนินการที่มีการลงทุนสูง เช่น การออกใบอนุญาตให้บุคคลก่อสร้างอาคาร
- เป็นการอนุญาตให้ดำเนินการอันเป็นข้อยกเว้นต่อข้อกำหนดที่กฎหมายกำหนด
- จำเป็นต้องมีกลไกการโต้แย้งการสั่งอนุญาตของทางราชการโดยบุคคลที่สามที่ได้รับผลกระทบ
- เป็นเรื่องที่ต้องใช้ระบบอนุญาตเพื่อให้สอดคล้องกับข้อกำหนดของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น การขนส่งทางบก

^{๗๒} มาตรา ๔ วรรคหนึ่ง ของรัฐกำหนดบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ต้องมีคำสั่งอย่างช้าที่สุดภายในระยะเวลาดังต่อไปนี้นับแต่ได้รับคำขอและเอกสารครบถ้วน : a. ภายในสิบวันสำหรับคำขอที่ใช้เวลาไม่กี่ชั่วโมงในการพิจารณา b. ภายในสี่สิบวันสำหรับคำขอที่ใช้เวลาอย่างช้าที่สุดไม่เกินหนึ่งสัปดาห์ในการพิจารณา และ c. ภายในระยะเวลาที่เจ้าหน้าที่เห็นสมควรแจ้งให้ผู้ยื่นคำขอ แต่อย่างช้าที่สุดไม่เกินสามเดือน สำหรับคำขอที่ต้องใช้เวลาในการพิจารณามากกว่าหนึ่งสัปดาห์ และวรรคสี่ของมาตรา ๔ บัญญัติว่า กรณีที่เจ้าหน้าที่มีคำสั่งภายในระยะเวลาที่กำหนดตามวรรคหนึ่ง ผู้ยื่นคำขออาจร้องขอให้เจ้าหน้าที่มีหนังสือชี้แจงเหตุผลของความล่าช้าในการพิจารณา รวมทั้งแจ้งให้ทราบว่าจะพิจารณาคำขอให้แล้วเสร็จภายในวันใด

ส่วนกรณีที่ใช้ระบบอนุญาตในเรื่องใดมีลักษณะดังต่อไปนี้ ถือว่าระบบอนุญาตในเรื่องนั้นไม่มีความจำเป็นอีกต่อไปและสมควรยกเลิกเสีย

- พันสมัย
- สร้างภาระแก่หน่วยงานของรัฐจนเกินสมควร เมื่อเปรียบเทียบต้นทุนการดำเนินการกับประโยชน์ที่จะได้รับ
- สร้างภาระแก่ผู้ขออนุญาตจนเกินสมควร เมื่อเปรียบเทียบต้นทุนการดำเนินการกับประโยชน์ที่จะได้รับ
- ไม่มีประสิทธิภาพ เช่น ไม่สามารถทำให้ทราบถึงบุคคลที่จะหลบเลี่ยงหรือฝ่าฝืนกฎหมาย

- มีกลไกทางกฎหมายอื่นหรือมาตรการควบคุมรูปแบบอื่น เช่น การใช้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการ การควบคุมตรวจสอบการประกอบกิจการในภายหลัง การวางเงื่อนไขในการประกอบกิจการให้ผู้เกี่ยวข้องปฏิบัติและกำหนดโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืน ฯลฯ^{๗๓}

ในช่วงเวลาสี่สิบปีที่ผ่านมา ได้มีการยกเลิกระบบอนุญาตในเรื่องต่าง ๆ ไปเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะเรื่องที่ใช้ระบบอนุญาตอย่างฟุ่มเฟือย เช่น การอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยสุราที่มีอยู่ถึง ๔๓ กระบวนงาน หรือการอนุญาตในเรื่องการเกษตรซึ่งมีอยู่กว่า ๖๐ กระบวนงาน โดยในบางเรื่อง มีการนำระบบแจ้งก่อนดำเนินการมาใช้แทนที่ระบบอนุญาต ทำให้ผู้ประกอบการสามารถประกอบกิจการได้ทันทีหลังจากแจ้งต่อทางราชการ โดยฝ่ายปกครองจะตรวจสอบการประกอบกิจการในภายหลัง อย่างไรก็ตาม ในบางเรื่อง การยกเลิกระบบอนุญาตก็เป็นไปได้ยาก เช่น เรื่องการเดินทางอากาศ ซึ่งมีเหตุผลในการคุ้มครองความปลอดภัยของบุคคลและมาตรฐานตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือเรื่องเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาซึ่งมีเหตุผลในการคุ้มครองสุขภาพของบุคคล ทั้งนี้ ในเรื่องใดที่ยังใช้ระบบอนุญาตอยู่ ภาครัฐก็พยายามยุบรวมกระบวนกรขออนุญาตที่มีหลายขั้นตอนให้รวมเป็นขั้นตอนเดียวหรือในบางเรื่องก็มีการเปลี่ยนใบอนุญาตที่มีอายุไปเป็นใบอนุญาตที่ใช้ได้ตลอดไป ซึ่งมาตรการเหล่านี้ช่วยลดภาระทั้งในส่วนของผู้ขออนุญาตและหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่พิจารณาอนุญาต

^{๗๓} DE CHAMBRIER (A. A.), อ้างแล้ว, pp. 10 - 13.

บทที่ ๔ การใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในระบบกฎหมายเยอรมัน*

๑. แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบกิจการ การประกอบวิชาชีพ และการกระทำอื่นใดของบุคคลโดยรัฐ

ในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตย บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพประกอบวิชาชีพ ประกอบกิจการ หรือกระทำการต่าง ๆ ได้ตามใจปรารถนา トラบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพ เช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (die Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung) และไม่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น (Recht Dritter)^{๗๔} โดยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้จะต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิอันมีได้^{๗๕} ดังนั้น การที่กฎหมายกำหนดห้ามมิให้บุคคลประกอบวิชาชีพ ประกอบกิจการ หรือกระทำการบางอย่าง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ กฎหมายมีเจตนารมณ์เพียงเพื่อให้พนักงานเจ้าหน้าที่ได้มีโอกาสควบคุมตรวจสอบเสียก่อนว่า การประกอบวิชาชีพ การประกอบกิจการ หรือการกระทำของผู้ยื่นคำขอจะเป็นอันตรายต่อประโยชน์สาธารณะในด้านต่าง ๆ หรือไม่ (Eröffnungskontrolle)^{๗๖} หากตรวจสอบแล้วปรากฏว่าผู้ยื่นคำขอมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนด พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมต้องผูกพันในผลแห่งกฎหมายที่จะต้องดำเนินการออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ยื่นคำขอ อันมี

*โดย นายณัฐพล สกุลเมฆา คณะทำงานศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย

^{๗๔} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติความในลักษณะทำนองเดียวกันนี้ไว้ในมาตรา ๒๕ โดยกำหนดให้การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำเช่นนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ หากการใช้สิทธิเสรีภาพนั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

^{๗๕} รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) มาตรา ๑๙ กำหนดเงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในวรรคหนึ่งไว้ว่า “การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน จะกระทำได้ก็แต่โดยบทบัญญัติของกฎหมาย (Der Vorbehalt des Gesetzes) อาศัยอำนาจตามกฎหมายเฉพาะ (Der qualifizierte Gesetzesvorbehalt) กฎหมายนั้นจะต้องใช้ได้กับทุกคนเป็นการทั่วไปและจะใช้กับกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเจาะจงไม่ได้ (Das Verbot des Einzelfallgesetzes) ทั้งเพื่อประโยชน์ดังกล่าว กฎหมายจะต้องบัญญัติถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกจำกัดรวมถึงมาตราของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นด้วย (Das Zitiergebot)” และความในวรรคสอง กำหนดว่า “ไม่ว่ากรณีใดก็ตาม ห้ามจำกัดสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐาน (Die Wesensgehaltsgarantie)” อนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือ das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland หากแปลความตามรูปศัพท์อาจหมายความว่า “กฎหมายมูลฐาน” โดยสาเหตุหลักที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. ๑๙๔๙ อันถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ตั้งชื่อรัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการว่า “กฎหมายพื้นฐาน” นั้น เป็นเพราะขณะยกร่างประเทศเยอรมนีได้ถูกแบ่งออกเป็นประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมนี (Deutsche Demokratische Republik หรือ ประเทศเยอรมนีตะวันออก) และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesrepublik Deutschland หรือ ประเทศเยอรมนีตะวันตก) ผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ซึ่งมีผลใช้บังคับเฉพาะแต่ฝั่งตะวันตกจึงประสงค์ให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นเพียง “กฎหมายชั่วคราว” เท่านั้น และหวังว่าเมื่อมีการรวมชาติแล้ว จะมีการยกย่องรัฐธรรมนูญฉบับถาวรขึ้นเพื่อเป็นรัฐธรรมนูญของปวงชนชาวเยอรมันต่อไป จึงหลีกเลี่ยงไม่ใช้คำว่า “รัฐธรรมนูญ” อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการทำสัญญารวมชาติแล้ว ก็ได้มีการยกย่องรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แต่อย่างใด เพียงแต่มีการแก้ไขบางมาตราใน “กฎหมายพื้นฐาน” ให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงเท่านั้น “กฎหมายพื้นฐาน” จึงยังมีผลใช้บังคับในฐานะรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจนถึงปัจจุบัน

^{๗๖} P.M. Huber, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 174.

ลักษณะเป็น “การคืน” หรือ “การยืนยัน” สิทธิและเสรีภาพที่บุคคลนั้นมีอยู่แล้วตามรัฐธรรมนูญ แต่ถูกห้ามใช้หรือบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิและเสรีภาพไว้ก่อนเพื่อประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบและป้องกันอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากกิจการที่ยื่นขอรับการอนุญาต^{๗๗} ด้วยเหตุนี้ ในระบบกฎหมายเยอรมันจึงเรียกระบบอนุญาตประเภทนี้ว่า “การอนุญาตเชิงตรวจสอบ” (Kontrollerlaubnis) หรือ “ข้อห้ามเชิงป้องกันที่มีเงื่อนไขการอนุญาตให้กระทำการอันต้องห้ามได้ในภายหลัง” (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) ตัวอย่างของการนำระบบอนุญาตเชิงตรวจสอบมาใช้บังคับเป็นรูปธรรม ได้แก่ ใบอนุญาตก่อสร้างหรือตัดแปลงอาคาร (Baugenehmigung) ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร (Bauordnung)^{๗๘} ซึ่งกำหนดไว้เป็นหลักการว่าการก่อสร้าง (Errichtung) การตัดแปลง (Änderung) หรือการเปลี่ยนแปลงลักษณะการใช้งาน (Nutzungsänderung) ของอาคารและสิ่งปลูกสร้าง (bauliche Anlage) ต้องได้รับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานตามกฎหมาย ทั้งนี้เนื่องจากบุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สิน โดยเฉพาะผู้ทรงกรรมสิทธิ์มีอำนาจที่จะใช้สอย จำหน่ายจ่ายโอนได้ตลอดไป กับทั้งติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนได้ การที่เจ้าของที่ดินประสงค์จะก่อสร้างอาคารบนที่ดินซึ่งตนเป็นผู้ทรงกรรมสิทธิ์ จึงเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพโดยชอบตามรัฐธรรมนูญแต่โดยที่อาคารที่ไม่มีความมั่นคงแข็งแรงอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกาย ชีวิต และทรัพย์สินของบุคคลภายนอกได้ จึงมีความจำเป็นที่รัฐในฐานะผู้พิทักษ์ประโยชน์สาธารณะจะต้องเข้ามาควบคุมดูแลให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานของเจ้าของที่ดินกับผลประโยชน์ของส่วนรวมที่อาจถูกกระทบกระเทือนจากการดำเนินกิจการที่มีแนวโน้มเป็นอันตราย (staatliche Überwachung gefahrgeneigter Tätigkeit) โดยกำหนดให้ผู้ที่จะก่อสร้างหรือตัดแปลงอาคารต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อน หรือกรณีของใบอนุญาตประกอบกิจการรับส่งผู้โดยสารตามกฎหมายว่าด้วยการขนส่งมวลชนทางบก (Personenbeförderungsgesetz)^{๗๙} ที่กำหนดให้ต้องมีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ขับขี่และยานพาหนะที่ใช้ก่อน หรือใบอนุญาตประกอบกิจการร้านอาหาร (Gaststättenerlaubnis) ตามกฎหมายว่าด้วยกิจการร้านอาหาร (Gaststättengesetz)^{๘๐} เป็นต้นนอกจากนี้ ในการประกอบวิชาชีพควบคุมต่าง ๆ กฎหมายเยอรมันยังได้กำหนดขั้นตอนในการเข้าสู่วิชาชีพโดยการรับจดทะเบียนหรือออกใบอนุญาตให้แก่บุคคลที่ผ่านการศึกษาและฝึกอบรมตามหลักสูตรที่กำหนด เช่น กฎหมายว่าด้วยวิชาชีพ

^{๗๗} Ossenbühl, VerwArch 86 (1995), 187, 198 f.

^{๗๘} เช่น มาตรา ๕๘ วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารของกรุงเบอร์ลิน (Berliner Landesbauordnung)

^{๗๙} มาตรา ๑ (ขอบเขตการบังคับใช้) ประกอบกับมาตรา ๒ (หน้าที่ในการขอรับใบอนุญาต) แห่งกฎหมายว่าด้วยการขนส่งมวลชนทางบก (Personenbeförderungsgesetz) กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้บริการรับส่งผู้โดยสาร สรุปความได้ว่า ผู้ใดจะประกอบกิจการรับส่งผู้โดยสารเชิงพาณิชย์ (geschäftsmäßige Beförderung) ไม่ว่าจะเป็นการรับส่งโดยสารทาง รถประจำทางหรือรถยนต์ ต้องยื่นขอรับใบอนุญาตก่อนประกอบกิจการ เว้นแต่เป็นการขนส่งโดยรถยนต์ที่ค่าใช้จ่ายซึ่งเป็นต้นทุนในการดำเนินการรับส่ง (Die Betriebskosten der Fahrt) มีจำนวนไม่เกินค่าโดยสารที่เรียกเก็บ (Gesamtentgelt)

^{๘๐} มาตรา ๑ (ขอบเขตการบังคับใช้) ประกอบกับมาตรา ๒ (หน้าที่ในการขอรับใบอนุญาต) แห่งกฎหมายว่าด้วยกิจการร้านอาหาร (Gaststättengesetz) กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบกิจการร้านอาหาร สรุปความได้ว่า ผู้ใดจะประกอบกิจการร้านอาหาร ซึ่งหมายความถึงการให้บริการเครื่องดื่ม (Schlankwirtschaft) หรืออาหาร (Speisewirtschaft) ที่ได้มีการเตรียมเพื่อการบริโภค ทั้งกิจการที่มีสถานประกอบการเป็นหลักแหล่ง (stehendes Gewerbe) และกิจการซึ่งเคลื่อนที่ (reisende Gewerbe) ผู้นั้นมีหน้าที่ต้องยื่นขอรับใบอนุญาตโดยมาตรา ๔ กำหนดเงื่อนไขในการพิจารณาออกใบอนุญาตของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจให้ต้องคำนึงความน่าเชื่อถือของผู้ประกอบกิจการ (erforderliche Zuverlässigkeit des Antragsstellers) ความปลอดภัยของสถานที่ (Lage, Beschaffenheit, Ausstattung) ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจากการประกอบกิจการ (schädliche Umwelt einwirkungen) เป็นต้น

เภสัชกร (Bundesapothekerordnung)^{๕๑} หมายความว่าด้วยวิชาชีพทนายความ (Bundesrechtsanwaltschaft)^{๕๒} หรือหมายความว่าด้วยการควบคุมการประกอบวิชาชีพงานฝีมือ (Handwerkordnung)^{๕๓} เป็นต้น

๒. หลักในการใช้ระบบอนุญาตตามกฎหมายและแนวทางในการตรวจสอบการใช้ระบบอนุญาตตามกฎหมายที่เกินความจำเป็น

จากที่มาของระบบอนุญาตเชิงป้องกันซึ่งเกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญข้างต้น จึงเห็นได้ว่า การที่รัฐออกกฎหมายกำหนดขั้นตอนให้เอกชนมีหน้าที่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตก่อนที่จะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด (Erlaubnispflichten) แม้จะมีได้เป็นการห้ามดำเนินกิจการดังกล่าวโดยสมบูรณ์เพราะอาจได้รับอนุญาตในภายหลัง แต่ก็ทำให้การใช้สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวถูกจำกัดโดยผลของกฎหมายเป็นการชั่วคราว (vorläufige Sperre) จนกว่าจะได้มีการตรวจสอบและยืนยันความชอบด้วยกฎหมายของการใช้สิทธิกระทำการจากฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้ การตรากฎหมายที่กำหนดหน้าที่ให้เอกชนยื่นคำขอรับใบอนุญาต จึงมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้ และอยู่ในบังคับของหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) ของการใช้อำนาจรัฐซึ่งต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์อันชอบธรรม *กระทำได้เท่าที่จำเป็น* และต้องมีการชั่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสีย จนแสดงให้เห็นที่แน่ชัดว่า อันตรายที่เกิดจากการใช้สิทธิเสรีภาพโดยไม่มีการควบคุมตรวจสอบล่วงหน้าจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Gewicht der durch eine unkontrollierte Freiheitsausübung gefährdete legitimen öffentlichen Interessen) มีมากกว่าประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชน นอกจากนี้ กระบวนการยื่นคำขอรับใบอนุญาต (Genehmigungsverfahren) และหลักเกณฑ์การพิจารณาออกใบอนุญาต (Genehmigungserfordernis) ต้องมีความสัมพันธ์และสอดคล้องกับลักษณะของอันตรายที่อาจเกิดขึ้นซึ่งกฎหมายฉบับนั้นมีเจตนารมณ์ที่จะป้องกันด้วย^{๕๔} อีกทั้งระยะเวลาในการพิจารณาตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายต้องมีความเหมาะสมและไม่ล่าช้าเกินสมควรจนอาจก่อให้เกิดอุปสรรคแก่การประกอบกิจการของผู้ขอรับการอนุญาต^{๕๕} และโดยที่หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นรากฐานของทฤษฎีนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip)^{๕๖} ที่

^{๕๑} ใดก็ตามที่ เมื่อได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเภสัชกรตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพเภสัชกร (Bundesapothekerordnung) แล้ว หากต้องการจะประกอบกิจการดังกล่าวในเชิงพาณิชย์โดยจัดตั้งร้านจำหน่ายยา ก็ต้องยื่นขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการร้านจำหน่ายยาอีกชั้นหนึ่ง ทั้งนี้ ตามตามมาตรา ๑ ประกอบกับมาตรา ๒ แห่งกฎหมายว่าด้วยกิจการร้านขายยา (Apothekengesetz)

^{๕๒} มาตรา ๔ แห่งกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพทนายความกำหนดคุณสมบัติเฉพาะของผู้ที่จะประกอบวิชาชีพทนายความว่าต้องเป็นผู้มีสิทธิที่จะดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาตามกฎหมายว่าด้วยผู้พิพากษาเยอรมัน (das Deutsche Richtergesetz)

^{๕๓} มาตรา ๑ แห่งกฎหมายว่าด้วยการควบคุมวิชาชีพงานฝีมือกำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพงานฝีมือตามทีระบุไว้ในบัญชีแนบท้ายหมวด A (Anlage A) ต้องขึ้นทะเบียน (Eintragung in die Handwerksrolle) ไว้กับสภาวิชาชีพงานฝีมือ (Handwerkskammer) ในท้องที่ซึ่งเป็นสถานประกอบการ จึงจะเริ่มประกอบกิจการได้

^{๕๔} คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ BverfGE 20, 150, 155

^{๕๕} คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ BverfGE 61, 291, 317

^{๕๖} ในระบบกฎหมายเยอรมัน มีการจำแนกความหมายของ “หลักนิติรัฐ” (Rechtsstaatsprinzip) ออกเป็นสองนัย ได้แก่ (๑) หลักนิติรัฐเชิงรูปแบบ (formelle Rechtsstaatlichkeit) หมายถึง การที่ที่มา กระบวนการ และผลสัมฤทธิ์ของการใช้อำนาจรัฐต้องยึดโยงกับกฎหมายโดยไม่คำนึงถึงสาระสำคัญของกฎหมายนั้น ทั้งนี้ เพื่อให้บุคคลทั่วไปคาดการณ์การดำเนินการของรัฐในอนาคตได้ อันจะทำให้สามารถปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของตนให้อยู่ภายใต้กรอบกฎหมายที่รัฐกำหนดขึ้นได้อย่างเหมาะสม (Rechtsklarheit, Verlässlichkeit, Berechenbarkeit und Erkennbarkeit des Rechts) อีกทั้งเพื่อประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจ

เรียกร้องให้รัฐต้องคำนึงถึงคุณภาพของการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับประชาชนประกอบกัน ซึ่งต้องได้สัดส่วนที่สมเหตุสมผลระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ (Zweck – Mittel – Relation) อันถือเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไปในระบบกฎหมายเยอรมัน ดังนั้น หากปรากฏข้อเท็จจริงว่ากฎหมายใดนาระบบอนุญาตมาใช้บังคับทั้งที่มีมาตรการทางเลือกอื่นนอกจากการใช้ระบบอนุญาตที่อาจทำให้วัตถุประสงค์ของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานสัมฤทธิ์ผลตามที่กำหนด แต่กระทบกระเทือนสิทธิของบุคคลน้อยกว่า ย่อมถือว่าการใช้ระบบอนุญาตในกรณีนั้นเกินความจำเป็น ซึ่งจะมีผลทำให้กฎหมายที่กำหนดหน้าที่ให้บุคคลยื่นขอรับการอนุญาตก่อนเริ่มประกอบวิชาชีพ ประกอบกิจการหรือกระทำการใด ๆ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในการนี้ บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญอาจใช้สิทธิทางศาลเพื่อโต้แย้งบทบัญญัติดังกล่าวได้ โดยอาจยื่นคำร้องต่อศาลปกครองในระหว่างการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งปฏิเสธการออกใบอนุญาตประกอบกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดให้ส่งเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่ากฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขให้ต้องยื่นขอรับใบอนุญาตก่อนประกอบกิจการ ซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลปกครองจะใช้บังคับแก่คดีนั้น ขัดหรือแย้งต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุอันเป็นหลักการตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ (Verfassungsmäßigkeit des Genehmigungserfordernisses) ทั้งนี้ ตามมาตรา ๑๐๐ วรรคหนึ่ง^{๔๗} ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งเป็นกรณีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเชิงรูปธรรม (konkretes Normenkontrollverfahren) หรืออาจยื่นคำร้องทุกข์ตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยยกประเด็นข้อต่อสู้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจนิติบัญญัติ (Legislative Gewalt) ที่ก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Verfassungsbeschwerde) ตามมาตรา ๙๓ วรรคหนึ่ง ข้อ ๔a^{๔๘} ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่ทั้งนี้ต้องเป็นกรณีที่ผู้ยื่นคำร้องทุกข์ตรงหมดสิ้นหนทางในการแก้ไขเยียวยาการถูกละเมิดสิทธินั้นแล้ว (Rechtswegerschöpfung) ดังเช่นกรณีตามคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ 1 BvR 78/02 ลงวันที่ ๑๒ เมษายน ๒๐๐๗ ซึ่งมีข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า ผู้ร้องทุกข์ซึ่งเป็นเครือข่ายของสำนักพิมพ์

รัฐโดยองค์กรตุลาการในภายหลัง และ (๒) หลักนิติรัฐเชิงเนื้อหา (materielle Rechtsstaatlichkeit) ซึ่งกำหนดหลักการทั่วไปที่เป็นสาระสำคัญของรัฐที่ปกครองในระบบนิติรัฐไว้ เช่น มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อป้องกันการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือคณะบุคคล ออกเป็นอำนาจนิติบัญญัติโดยรัฐสภา อำนาจบริหารโดยรัฐบาล และอำนาจตุลาการโดยศาล มีหลักการคำนึงถึงความได้สัดส่วนของการใช้อำนาจรัฐ (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) นอกจากนี้ ยังต้องมีหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน และหลักการเยียวยาหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิดังกล่าว อันเป็นที่มาของหลักความรับผิดชอบของรัฐ (Staatshaftung)

^{๔๗} มาตรา ๑๐๐ (๑) หากศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดซึ่งเป็นสาระสำคัญต่อการวินิจฉัยคดีขัดต่อรัฐธรรมนูญ ให้รอการพิจารณาไว้ก่อน โดยในกรณีที่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐ ให้เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐนั้นเพื่อมีคำวินิจฉัย และในกรณีที่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ให้เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ บทบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับได้แก่กรณีที่กฎหมายของมลรัฐละเมิดรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์และการขัดแย้งระหว่างกฎหมายมลรัฐกับกฎหมายสหพันธ์โดยอนุโลม

^{๔๘} มาตรา ๙๓ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจพิจารณาพิพากษาในคดีดังต่อไปนี้

๑.๒๑

๑.๒๑

(๔a) คดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งอ้างว่าถูกล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิตามมาตรา ๒๐ วรรคสี่ มาตรา ๓๓ มาตรา ๓๕ มาตรา ๑๐๑ มาตรา ๑๐๓ และมาตรา ๑๐๔ จากการใช้อำนาจรัฐ

Axel Springer Verlag ประกอบกิจการจำหน่ายหนังสือพิมพ์และนิตยสารรายสัปดาห์ “Bild am Sonntag” “Welt am Sonntag” และ “Euro am Sonntag” โดยวางจำหน่ายทุกวันอาทิตย์แต่เนื่องจากวันอาทิตย์เป็นวันหยุดทำการทั่วไปของร้านค้าในประเทศเยอรมนี ทำให้สถานที่จำหน่ายหนังสือพิมพ์และนิตยสารดังกล่าวที่เป็นหลักแหล่งมีจำนวนน้อย เป็นเหตุให้ยอดขายของผู้ร้องทุกข์ไม่เป็นไปตามเป้าหมายที่กำหนด ผู้ร้องทุกข์จึงปรับเปลี่ยนรูปแบบการขายโดยให้พนักงานนำหนังสือพิมพ์ออกเรขายตามถนนและทางเท้าสาธารณะ ต่อมาเมืองมันไฮม์ (Die Stadtverwaltung Mannheim) มีหนังสือลงวันที่ ๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๙๘ แจ้งให้ผู้ร้องทุกข์ทราบว่า การจำหน่ายสินค้าบนถนนสาธารณะเป็นการใช้ถนนนอกเหนือจากประโยชน์ในการสัญจรเพื่อการคมนาคม ซึ่งตามมาตรา ๑๖ วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยถนนแห่งมลรัฐบาเดินวิทเทินแบร์ก (Straßengesetz des Landes Baden-Württemberg) กำหนดให้ต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ (Sondernutzungs erlaubnis) ซึ่งในกรณีนี้เห็นว่าไม่อาจออกใบอนุญาตให้ได้ จึงขอให้ผู้ร้องทุกข์หยุดการดำเนินการดังกล่าวในทันที ด้วยเหตุนี้ ผู้ร้องทุกข์จึงยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองเมืองคาร์ลสruhe (Verwaltungsgericht Karlsruhe) เพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษายืนยันสิทธิของผู้ร้องทุกข์ (Feststellungsantrag)^{๔๙} ในการจำหน่ายหนังสือพิมพ์และนิตยสารบนถนน ทางเท้า ที่จอดรถ ตลอดจนสวนสาธารณะในเขตเมืองมันไฮม์ทุกวันอาทิตย์โดยไม่ต้องยื่นขอรับใบอนุญาตจากเมืองมันไฮม์ แต่ศาลปกครองเมืองคาร์ลสruhe มีคำพิพากษาลงวันที่ ๑๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๐๑ ยกฟ้อง โดยให้เหตุผลสรุปความได้ว่า การใช้ถนนตามความประสงค์ของผู้ฟ้องคดีไม่ถือเป็นการใช้ประโยชน์ตามปกติทั่วไป (Gemeingebrauch) ตามนัยมาตรา ๑๓ วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยถนนแห่งมลรัฐบาเดินวิทเทินแบร์ก แต่เป็นการใช้ถนนเพื่อกิจธุระพิเศษเฉพาะอย่าง (Sondernutzung) ซึ่งจำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อนจึงจะกระทำได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา ๑๖ วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายฉบับเดียวกัน เนื่องจากการใช้ถนนที่จะถือได้ว่าเป็นการใช้ประโยชน์ตามปกติทั่วไปโดยไม่ต้องขออนุญาตก่อนนั้น ต้องเป็นการใช้ภายในขอบวัตถุประสงค์ของการอุทิศถนนหรือทางเท้าซึ่งเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินเพื่อให้พลเมืองใช้ประโยชน์ร่วมกัน (Widmungszweck) กล่าวคือ การสัญจรและการคมนาคม (Verkehrszweck) ซึ่งหมายความถึง การเคลื่อนที่จากจุดหนึ่งไปยังอีกจุดหนึ่ง (Fortbewegung) รวมทั้งการหยุดพักบนถนนเป็นการชั่วคราวเพื่อการสื่อสารระหว่างผู้ที่ร่วมสัญจรไปมา (Aufenthalt mit Kommunikationszweck) ดังนั้น เมื่อการจำหน่ายหนังสือพิมพ์และนิตยสารของผู้ฟ้องคดีบนถนนและทางสาธารณะเป็นการดำเนินการที่มีความมุ่งหมายเพียงเพื่อแสวงหากำไรในเชิงพาณิชย์ซึ่งเกินขอบเขตความหมายของการสัญจรและการคมนาคม อันทำให้มีลักษณะเป็นการใช้ถนนเพื่อกิจธุระพิเศษเฉพาะอย่าง ผู้ฟ้องคดีจึงต้องยื่นขอรับใบอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อนดำเนินการดังกล่าว และแม้ว่าต่อมาผู้ร้องทุกข์จะยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาศาลปกครองเมืองคาร์ลสruhe แต่ศาลปกครองแห่งมลรัฐบาเดินวิทเทินแบร์กมีคำสั่งไม่รับคำอุทธรณ์ไว้พิจารณา ผู้ร้องทุกข์จึงยื่นคำร้องทุกข์ตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht) โดยมีประเด็นข้อโต้แย้งประการหนึ่งขึ้นสู่การพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่า มาตรา ๑๖ วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยถนนแห่งมลรัฐบาเดินวิทเทินแบร์ก

^{๔๙}มาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองเยอรมัน (Verwaltungsgerichtsordnung) กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับกรณีและผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลมีคำพิพากษายืนยันความมีอยู่หรือการระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ (Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses) รวมถึงการประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง (Nichtigkeitsfeststellungsklage)

ซึ่งกำหนดหน้าที่ให้ผู้ร้องทุกข์ต้องยื่นขอรับใบอนุญาตก่อนการประกอบกิจการจำหน่ายหนังสือพิมพ์ และนิตยสารบนถนนและทางเท้าสาธารณะนั้น ชัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยสรุปได้ว่า การที่มาตรา ๑๖ วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยถนนแห่งมลรัฐบาเดินวิทเทินแบร์ก บัญญัติให้การใช้ถนนนอกเหนือจากการใช้ประโยชน์ตามปกติทั่วไปต้องขอใบอนุญาตและต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ ถือเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ร้องทุกข์ในฐานะผู้จำหน่ายสิ่งพิมพ์ตามมาตรา ๕ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Pressefreiheit (เสรีภาพของสื่อสารมวลชน)) ซึ่งมีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองกิจการสื่อสารมวลชนโดยเริ่มตั้งแต่การค้นคว้าหาข้อมูล (Beschaffung von Informationen) จนถึงการเผยแพร่ข่าวสารไปยังสาธารณชน (Verbreitung von Nachrichten) รวมถึงการดำเนินธุรกิจอื่นใดที่แม้จะไม่มีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกับเนื้อหาของข้อมูลข่าวสารที่จะทำการเผยแพร่ แต่ก็ เป็นเงื่อนไขที่สำคัญและจำเป็นต่อการดำรงไว้ซึ่งความเป็นอิสระของกิจการสื่อสารมวลชน (inhaltsferne pressetechnische Hilfstätigkeiten) ดังนั้น การจำหน่ายหนังสือพิมพ์และนิตยสารของผู้ร้องทุกข์ จึงเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว อย่างไรก็ตาม การที่ มาตรา ๑๖ วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยถนนแห่งมลรัฐบาเดินวิทเทินแบร์ก กำหนดหน้าที่ให้บุคคลที่จะใช้ถนนนอกเหนือจากการใช้ประโยชน์เพื่อการสัญจรและการคมนาคมต้องขอใบอนุญาตและต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานผู้ออกใบอนุญาตเสียก่อนจึงจะดำเนินการได้นั้น เป็นเพียงมาตรการในการควบคุมความปลอดภัย ตลอดจนป้องกันและบรรเทาภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้ถนนหรือทางสาธารณะ ทั้งยังเป็นการแก้ไขปัญหาลดผลกระทบที่อาจขัดแย้งกันในกลุ่มของผู้ใช้ถนน โดยมีได้มีความมุ่งหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ร้องทุกข์ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรสื่อสารมวลชนโดยเฉพาะเจาะจงแต่อย่างใด แต่เป็นบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ใช้ถนนเป็นการทั่วไปเพื่อประโยชน์สาธารณะอันชอบธรรม ประกอบกับเป็นมาตรการทางกฎหมายที่มีความเหมาะสมอันจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดนั้นได้ เพราะเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตได้ตรวจสอบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอันตรายต่อความปลอดภัยของการใช้ถนนสาธารณะที่อาจเกิดขึ้นจากกิจการที่ขอรับอนุญาตเป็นการล่วงหน้า อีกทั้งไม่ปรากฏว่ามีมาตรการอื่นใดที่กระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งการอนุญาตให้มีการใช้ประโยชน์จากถนนสาธารณะได้โดยไม่มีข้อจำกัด แต่กำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งห้ามประกอบกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดในกรณีที่ตรวจสอบพบการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อความปลอดภัยของการใช้ถนนสาธารณะในภายหลัง ไม่ถือเป็นมาตรการทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลทัดเทียมกับการนำระบบอนุญาตมาใช้บังคับ และเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างภาวะที่เพิ่มขึ้นของผู้ร้องทุกข์ซึ่งต้องเตรียมการและวางแผนการบริหารจัดการเพื่อยื่นขอรับใบอนุญาตและชำระค่าธรรมเนียมการออกใบอนุญาตเสียก่อน จึงจะดำเนินกิจการจำหน่ายหนังสือพิมพ์และนิตยสารบนถนนสาธารณะตามที่ ประสงค์ได้ กับประโยชน์มหาชนในการรักษาความปลอดภัยของการสัญจรและการคมนาคมบนถนนสาธารณะแล้ว การที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ร้องทุกข์ต้องดำเนินการขออนุญาตก่อนประกอบกิจการในกรณีนี้ จึงมิใช่มาตรการที่สร้างภาระให้แก่ผู้ร้องทุกข์เกินสมควร ดังนั้น มาตรา ๑๖ วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยถนนแห่งมลรัฐบาเดินวิทเทินแบร์ก จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

๓. การลดระบบอนุญาตและใช้มาตรการอื่นแทนระบบอนุญาต

จากแนวคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญข้างต้นแสดงให้เห็นว่า การพิจารณาลดการใช้ระบบอนุญาตเชิงป้องกันโดยกำหนดให้เอกชนกระทำการใด ๆ ได้ โดยไม่ต้องขอรับใบอนุญาตจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อน ชอบที่จะกระทำได้เท่าที่รัฐไม่มีความจำเป็นที่จะต้องคุ้มครองนิติสมบัตินิติสาธารณะที่อาจได้รับผลกระทบจากการดำเนินการของเอกชนอีกต่อไป หรืออาจคุ้มครองได้โดยวิธีการอื่น ซึ่งมีประสิทธิภาพและก่อให้เกิดประสิทธิผลมากกว่าระบบอนุญาต แต่ลดทอนสิทธิของเอกชนน้อยกว่า และเมื่อพิจารณาในระบบอนุญาตในบริบทของกฎหมายปกครอง ซึ่งมีลักษณะเป็นการควบคุมการใช้สิทธิและเสรีภาพของเอกชนมิให้ขัดหรือแย้งต่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นงานในหน้าที่ของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยที่ต้องอาศัยอำนาจรัฐฝ่ายเดียวออกกฎหมาย กฎเกณฑ์ หรือคำสั่งที่มีสภาพบังคับให้เอกชนต้องปฏิบัติตาม โดยในกรณีที่มีการยื่นขอรับใบอนุญาตเพื่อประกอบอาชีพ ประกอบกิจการ หรือกระทำการใด ๆ และเจ้าหน้าที่ตรวจสอบเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ประกอบการยื่นขอรับใบอนุญาตแล้วเห็นว่าครบถ้วนและเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ก็จะออกใบอนุญาตให้เพื่อเป็นหลักฐาน โดยมีผลทำให้ผู้ยื่นคำขอสามารถเริ่มประกอบกิจการที่ยื่นขอรับใบอนุญาตได้ ดังนั้น สิทธิในการประกอบอาชีพ ประกอบกิจการ หรือกระทำการใด ๆ จึงเกิดขึ้นต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ได้ออกใบอนุญาตให้แล้วเท่านั้น “การอนุญาต” หรือ “การไม่อนุญาต” ซึ่งเป็นการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการก่อให้เกิดสิทธิในการประกอบกิจการ จึงอยู่ในความหมายของ “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา ๓๕ แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน ในทางวิชาการจึงมีการเรียกระบบอนุญาตในลักษณะเช่นนี้อีกนัยหนึ่งว่าระบบการควบคุมสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยคำสั่งทางปกครอง (Überwachungsrechtlicher Verwaltungsakt)^{๔๐} ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น ๓ ประเภท กล่าวคือ (๑) Verbotsvorbehalte เป็นการควบคุมการใช้สิทธิและเสรีภาพที่มีความเข้มงวดน้อยที่สุดโดยรัฐให้สิทธิบุคคลประกอบกิจการได้โดยไม่ต้องยื่นขอรับใบอนุญาต แต่สงวนสิทธิในการห้ามประกอบกิจการดังกล่าวในภายหลังเพื่อป้องกันอันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีงาม เช่น มาตรา ๓๕ แห่งกฎหมายว่าด้วยการประกอบพาณิชย์กิจ (Gewerbeordnung) ซึ่งบัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งระงับการประกอบธุรกิจเชิงพาณิชย์ที่กฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้ยื่นขอรับใบอนุญาตก่อนดำเนินการทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่ตรวจสอบพบว่าผู้ประกอบการขาดความน่าเชื่อถือและไว้วางใจจนทำให้ไม่สามารถประกอบกิจการให้เป็นด้วยความเป็นระเบียบเรียบร้อยได้ เช่น เป็นบุคคลที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว (Überschuldung) หรือติดแอลกอฮอล์ (Alkoholmissbrauch) (๒) Verbot mit Anzeigevorbehalt หรือระบบจดแจ้ง เป็นกรณีที่รัฐห้ามประกอบกิจการใดกิจการหนึ่งเป็นการทั่วไป จนกว่าจะได้มีการแจ้งความประสงค์ในการประกอบกิจการนั้นให้เจ้าหน้าที่ทราบเพื่อใช้เป็นข้อมูลในการสุ่มตรวจและอาจสั่งระงับการดำเนินการที่ผิดกฎหมายได้ (repressives Einschreiten) โดยเมื่อได้ดำเนินการจดแจ้งแล้ว เจ้าหน้าที่จะออกใบรับแจ้ง (Empfangsbescheinigung) ไว้เป็นหลักฐาน ทั้งนี้ ในขั้นการรับแจ้งจะไม่มี การตรวจสอบคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้จดแจ้งแต่อย่างใด และ (๓) Erlaubnisvorbehalt หรือระบบอนุญาตซึ่งเป็นระบบการควบคุมการใช้สิทธิและเสรีภาพที่เข้มงวด สำหรับประเทศเยอรมนี ในปัจจุบันได้มีการนำระบบจดแจ้ง (Anzeigepflicht) มาใช้แทนระบบอนุญาตในกฎหมายหลายฉบับเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่เอกชนซึ่งมีหน้าที่เพียงแต่จดแจ้ง

^{๔๐}P.M. Huber, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 369 ff.

กิจการที่ประสงค์จะเริ่มดำเนินการต่อเจ้าหน้าที่ โดยไม่ต้องรอผลการตรวจสอบคุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงในภายหลังว่าการประกอบกิจการตามที่ได้จัดแจ้งไว้ก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคลอื่นหรือประโยชน์สาธารณะ ก็ไม่ตัดอำนาจของหน่วยงานทางปกครองที่จะออกคำสั่งให้หยุดประกอบกิจการได้ดังเช่นตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบพาณิชย์กิจ (Gewerbeordnung) มาตรา ๑๔ ที่กำหนดไว้เป็นหลักการทั่วไปให้ผู้ประกอบการเชิงพาณิชย์ทุกประเภทต้องจดทะเบียนก่อน เว้นแต่กรณีเป็นกิจการที่อาจมีผลกระทบต่อส่วนรวม จึงต้องได้รับใบอนุญาต เช่น การประกอบกิจการตัวแทนบริษัทประกันภัย การค้าอาวุธ หรือการทวงหนี้ เป็นต้น นอกจากนี้ วิธีการลดการใช้ระบบอนุญาตให้เหลือเพียงเท่าที่จำเป็น อาจกระทำได้โดยการออกกฎหมายเฉพาะบัญญัติให้ใบอนุญาตประกอบกิจการใดกิจการหนึ่งมีผลทางกฎหมายครอบคลุมไปถึงกิจการอื่นที่เป็นเครื่องมือสำคัญและจำเป็นอันจะทำให้กิจการหลักบรรลุวัตถุประสงค์ได้ ทั้งนี้ เพื่อให้แก่เอกชนไม่ต้องยื่นขอใบอนุญาตแยกตามกฎหมายแต่ละฉบับ โดยการอนุญาตตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ๆ จะถูกแทนที่ด้วยใบอนุญาตประกอบกิจการประธาน หรือที่เรียกว่า “ผลการรวมศูนย์การพิจารณาในทางเนื้อหา” (materielle Konzentrationswirkung) เช่น การอนุญาตให้ชุมนุมในที่สาธารณะมีผลให้ผู้เข้าร่วมการชุมนุมสามารถใช้ถนนนอกขอบวัตถุประสงค์ของการอุทิศให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภทพลเมืองใช้ร่วมกันเพื่อการสัญจรได้ โดยไม่ต้องขออนุญาตใช้ถนนเป็นการเฉพาะก่อน (straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis) หรือใบอนุญาตจัดตั้งสถานประกอบการกำจัดขยะหรือสิ่งปฏิกูลย่อมมีผลให้ผู้ประกอบการสามารถใช้ประโยชน์จากที่ดินเพื่อการกำจัดขยะได้ โดยไม่ต้องยื่นขอรับใบอนุญาตตามกฎหมายผังเมือง เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป หลักการที่ให้ “รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตเท่าที่จำเป็น” หมายความว่าในการใช้อำนาจรัฐทางนิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้นควบคุมการใช้สิทธิและเสรีภาพของเอกชนเพื่อป้องกันมิให้เกิดอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยกำหนดหน้าที่ให้เอกชนต้องดำเนินการขอรับใบอนุญาตก่อนจะกระทำการที่มีลักษณะเป็นอันตรายนั้น รัฐจะต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียระหว่างหน้าที่ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชน โดยคำนึงถึงสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคม ตลอดจนความเดือดร้อนหรือเสียหายที่เอกชนจะได้รับจากการเพิ่มขึ้นตอนการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้ประกอบกันไป

บทที่ ๕ การใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา*

๑. ขอบเขตของระบบอนุญาตในระดับต่าง ๆ ของสหรัฐอเมริกา

ในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกานั้นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า รัฐบาลมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการกำกับดูแลและแทรกแซงกิจกรรมในสังคมของปัจเจกบุคคลและองค์กรเอกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยอาศัยวิธีการต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงการใช้ระบบอนุญาต (licensure system) อย่างไรก็ตาม ภายใต้รัฐธรรมนูญและระบบสหพันธรัฐของสหรัฐอเมริกา อำนาจกำกับดูแลดังกล่าวมีการแบ่งแยกกันค่อนข้างชัดเจนระหว่างรัฐบาลสหพันธรัฐ (federal government) กับรัฐบาลมลรัฐ (state government) ซึ่งอำนาจของรัฐบาลสหพันธรัฐย่อมถูกจำกัดอยู่เฉพาะอำนาจที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้เป็นอำนาจของรัฐบาลสหพันธรัฐหรือที่รัฐธรรมนูญกำหนดห้ามรัฐบาลมลรัฐกระทำเท่านั้น^{๑๑} นอกจากนี้ ภายในแต่ละมลรัฐ อาจมีการมอบอำนาจในการกำกับดูแลบางส่วนให้แก่รัฐบาลท้องถิ่น (local government) ได้ ด้วยเหตุนี้ การอนุญาตของสหรัฐอเมริกาจึงอาจแบ่งออกได้เป็น ๓ ระดับ ได้แก่

๑.๑ ระดับสหพันธรัฐ

การอนุญาตในระดับสหพันธรัฐมีพื้นฐานมาจากบทบัญญัติว่าด้วยการพาณิชย์ (Commerce Clause)^{๑๒} กล่าวคือ รัฐสภาของเกรสมี่อำนาจในการตรากฎหมายที่จำเป็นและเหมาะสม (necessary and proper)^{๑๓} เพื่อประโยชน์ในกำกับดูแลการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐหรือกับต่างประเทศ หรือกับเผ่าอินเดียน โดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้วางบรรทัดฐานเอาไว้ตั้งแต่คดี Gibbons v. Ogden ในปี ค.ศ. ๑๘๒๔ เป็นต้นมาว่า อำนาจเช่นว่านั้นรวมถึงอำนาจในการกำกับดูแลโดยการอนุญาตด้วย^{๑๔} นอกจากนี้ รัฐสภาของเกรสมี่ยังมีอำนาจในการตรากฎหมายเรียกเก็บค่าธรรมเนียมใบอนุญาตได้ โดยค่าธรรมเนียมดังกล่าวอยู่ในความหมายเป็น “ภาษี (tax)”^{๑๕} ตามบทบัญญัติว่าด้วยภาษีและค่าใช้จ่าย (Taxing and Spending Clause)^{๑๖} ด้วยเหตุนี้ ในปัจจุบัน

* โดย นายภควัต เหมรัชตานันท์ คณะทำงานศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย

^{๑๑}The Tenth Amendment to the United States Constitution

The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.

^{๑๒}United States Constitution, Article I, Section 8, Clause 3

The Congress shall have Power ... To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes ...

^{๑๓}United States Constitution, Article I, Section 8, Clause 18

The Congress shall have Power ... To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers ...

^{๑๔}โปรดดูคดีบรรทัดฐาน เช่น Gibbons v. Ogden, 22 U.S. 1 (1824); License Cases, 46 U.S. 504 (1847); License Tax Cases, 72 U.S. 462 (1866) เป็นต้น

^{๑๕}Gibbons v. Ogden, 22 U.S. 1 (1824)

^{๑๖}United States Constitution, Article I, Section 8, Clause 1

The Congress shall have Power ... To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States ...

การอนุญาตของรัฐบาลสหพันธรัฐจึงมักจำกัดอยู่เฉพาะเรื่องเกี่ยวกับการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐต่าง ๆ หรือกับต่างประเทศ อาทิ การออกใบอนุญาตเกี่ยวกับอากาศยาน^{๙๗} หรือผู้รับจัดการขนส่งสินค้าระหว่างประเทศ (freight forwarder)^{๙๘} ส่วนการอนุญาตในเรื่องอื่น ๆ นั้นย่อมเป็นอำนาจของรัฐบาลมลรัฐ

๑.๒ ระดับมลรัฐ

รัฐบาลมลรัฐมีอำนาจในการกำกับดูแลเรื่องต่าง ๆ ที่ไม่เป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาหรือรัฐธรรมนูญของแต่ละมลรัฐนั้น โดยอยู่ภายใต้บังคับของอำนาจของรัฐบาลสหพันธรัฐ ดังนั้น แม้รัฐบาลมลรัฐจะมีอำนาจที่กว้างขวางในการกำกับดูแลเรื่องที่อยู่ภายในอาณาเขตของมลรัฐตน แต่ก็ไม่สามารถอ้างอำนาจดังกล่าวในการออกใบอนุญาตที่จะก่อให้เกิดการระต่อการใช้อำนาจของรัฐบาลสหพันธรัฐได้ เช่น อำนาจในการกำกับดูแลพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ^{๙๙} การกับรัฐต่างประเทศ^{๑๐๐} และอำนาจในการทำหนังสือสัญญา กับรัฐต่างประเทศ^{๑๐๑} เป็นต้น

๑.๓ ระดับท้องถิ่น

รัฐบาลมลรัฐอาจตรากฎหมายเพื่อมอบอำนาจในการกำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือสังคมบางประการให้แก่รัฐบาลท้องถิ่นระดับต่าง ๆ ได้ โดยอำนาจที่มอบให้แก่รัฐบาลท้องถิ่นต้องเป็นอำนาจที่ตนมีอยู่โดยชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญ และรัฐบาลมลรัฐอาจกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขต่าง ๆ ในการใช้อำนาจกำกับดูแลไว้ในกฎหมายเช่นว่านั้น ด้วยเหตุนี้ในทางกลับกัน รัฐบาลท้องถิ่นจะใช้อำนาจกำกับดูแล ซึ่งรวมถึงการอนุญาตดังกล่าวได้ก็เฉพาะตามขอบเขตและเงื่อนไขที่มีการมอบอำนาจโดยรัฐบาลมลรัฐเท่านั้น โดยขอบเขตและเงื่อนไขดังกล่าวอาจแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐขึ้นอยู่กับบทบัญญัติแห่งกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลในแต่ละมลรัฐ^{๑๐๒}

^{๙๗} 49 U.S.C. §41101

^{๙๘} 46 U.S.C. §1718 (a)

^{๙๙} โปรดดูคดีบรรทัดฐาน เช่น Chicago v. Willett Co., 341 U.S. 913 (1951); Nippert v. Richmond, 327 U.S. 416 (1946); Real Silk Hosiery Mills v. Portland, 268 U.S. 325 (1925); Sprout v. South Bend, 277 U.S. 163 (1928); Robbins v. Shelby County Taxing District, 120 U.S. 489 (1887); Harmon v. City of Chicago, 147 U.S. 396 (1893); Gloucester Ferry Co. v. Pennsylvania, 114 U.S. 196 (1885) เป็นต้น โดยคดีบรรทัดฐานเหล่านี้เกี่ยวข้องกับการอนุญาตเกี่ยวกับตัวแทนจำหน่ายสินค้า การขนส่ง การใช้ทางน้ำในการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ

^{๑๐๐} โปรดดูคดีบรรทัดฐาน เช่น Sault Ste. Marie v. International Transit Co., 234 U.S. 333 (1914) (การอนุญาตและเก็บค่าธรรมเนียมอนุญาตในการใช้ทางน้ำเป็นการสร้างภาระต่ออำนาจในการกำกับดูแลการพาณิชย์กับรัฐต่างประเทศของรัฐบาลสหพันธรัฐ)

^{๑๐๑} โปรดดูคดีบรรทัดฐาน เช่น Asakura v. Seattle, 265 U.S. 332 (1924) (การกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตต้องมีสัญชาติอเมริกันของเมืองซีแอตเทิลเป็นการขัดความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลใช้บังคับ)

^{๑๐๒} ตัวอย่างของมลรัฐอิลลินอยส์ โปรดดู Charles M. Kneier, The Licensing Power of Local Governments in Illinois, 1957 U. ILL. L. F. 1, 18 (1957) ; ตัวอย่างของมลรัฐเซาท์แคโรไลนา โปรดดู Municipal Association of South Carolina, BUSINESS LICENSE HANDBOOK, 2013 เป็นต้น

๒. มาตรฐานเบื้องต้นของการอนุญาต

นอกจากต้องพิจารณาขอบเขตอำนาจในการออกกฎหมายเกี่ยวกับใบอนุญาตของรัฐบาลลำดับต่าง ๆ แล้ว โดยที่การอนุญาตเป็นการใช้อำนาจรัฐ (police power) ในลักษณะที่เป็น *มาตรการสั่งการและควบคุม* (command-and-control measure) ซึ่งในหลายกรณีอาจกระทบต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญของบุคคลได้ ดังนั้น การกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาตจะต้องพิจารณามาตรฐานการคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญเป็นปฐม ไม่ต่างจากการกำกับดูแลโดยรัฐประเภทอื่น อาทิ การพิจารณาเกี่ยวกับศุนิตีกระบวนการ (Due Process of Law)^{๑๐๓} การคุ้มครองอย่างเท่าเทียม (Equal Protection)^{๑๐๔} และเสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพของสื่อ และเสรีภาพในการถือศาสนา^{๑๐๕} เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในที่นี้จะไม่ขอก้าวถึงรายละเอียดในเรื่องดังกล่าว

๓. ความหมายและลักษณะของการอนุญาต

แม้ว่า “การอนุญาต” (license) ตามรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Administrative Procedure Act) จะมีความหมายครอบคลุมหนังสือสำคัญอนุญาต (permit) ใบรับรอง (certificate) การอนุมัติ (approval) การจดทะเบียน (registration) กฎบัตร (charter) สมาชิกภาพ (membership) การยกเว้นบทกฎหมาย (statutory exemption) และการอนุญาตรูปแบบอื่น^{๑๐๖} แต่กฎหมายดังกล่าวหรือกฎหมายอื่นของสหพันธรัฐก็ได้ให้นิยามของการอนุญาตที่ชัดเจน หรือจำแนกลักษณะที่แตกต่างกันของการอนุญาตรูปแบบต่าง ๆ ไว้

ในทางวิชาการของสหรัฐอเมริกา “การอนุญาต” (licensing) หมายถึง การที่หน่วยงานผู้มีอำนาจให้สิทธิหรือความยินยอมในการประกอบธุรกิจหรือกระทำการอย่างหนึ่งที่หากไม่มีการอนุญาตดังกล่าวจะเป็นการผิดกฎหมาย โดยองค์ประกอบสำคัญของการอนุญาตจะเกี่ยวข้องกับ (๑) การกำหนดพฤติการณ์ที่สามารถอนุญาตให้ทำกิจกรรมต้องห้ามนั้นได้ ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นหลัก และ (๒) การอนุญาตจริงในแต่ละกรณี ซึ่งโดยทั่วไปเป็นความรับผิดชอบของฝ่ายบริหาร^{๑๐๗} ในกรณีเช่นนี้ จะเห็นได้ว่า แม้ระบบอนุญาตจะมีลักษณะเป็นมาตรการสั่งการและ

^{๑๐๓} บทบัญญัติว่าด้วยศุนิตีกระบวนการกำหนดให้การอนุญาตต้องมีพื้นฐานทางเหตุผลที่เชื่อมโยงระหว่างเรื่องที่จะควบคุมกับวิธีการควบคุม อีกทั้งกำหนดให้ต้องมีการรับฟังความเห็น โปรดดูตัวอย่างคดีบรรทัดฐาน เช่น *Schwartz v. Board of Bar Examiners*, 353 U.S. 232 (1957); *Williamson v. Lee Optical Co.*, 348 U.S. 420 (1955); *Lovell v. Griffin*, 303 U.S. 444; *Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939); *Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 569 (1941); *Ashbacker Radio Co. v. FCC*, 326 U.S. 327 (1945)

^{๑๐๔} โปรดดูตัวอย่างคดีบรรทัดฐาน เช่น *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976)

^{๑๐๕} โปรดดูตัวอย่างคดีบรรทัดฐาน เช่น *Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 569 (1941) ; *Anderson v. Hermosa Beach*, 621 F.3d 1051 (9th Circuit, 2010)

^{๑๐๖} 5 U.S.C. 551 (8)

“license” includes the whole or a part of an agency permit, certificate, approval, registration, charter, membership, statutory exemption or other form of permission;

^{๑๐๗} The Council of State Governments, OCCUPATIONAL LICENSING LEGISLATION IN THE STATES, The Council of State Governments, 1952, p. 5. (“... the granting by some competent authority of a right or permission to carry on a business or do an act which would otherwise be illegal. The essential elements of licensing involve the stipulation of circumstances under which permission to perform an otherwise prohibited activity may be granted—largely a legislative function; and the actual granting of the permission in specific cases—generally an administrative responsibility.”)

ควบคุมประเภทหนึ่งคล้ายกับการกำกับดูแลประเภทอื่น แต่ระบบอนุญาตก็มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากการกำกับดูแลประเภทอื่นอย่างน้อย ๓ ประการ คือ (๑) ระบบอนุญาตเป็นการสร้างความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดและต่อเนื่องระหว่างเอกชนกับหน่วยงานผู้กำกับดูแล ทำให้ทั้งสองฝ่ายอาจเกิดความสัมพันธ์ในรูปแบบทั้งความร่วมมือและการข่มขู่ระหว่างกันในระยะยาว (๒) การอนุญาตมักเกี่ยวข้องกับกิจกรรมบางอย่างที่อาจถูกจำกัดไม่ให้กระทำ จึงจำเป็นต้องมีการประเมินอนาคตที่อาจเกิดขึ้นในตลาด การบังคับตามระบบอนุญาตจึงต้องพิจารณาทั้งข้อเท็จจริงและการวิเคราะห์ประเมินผลที่ซับซ้อน ทำให้การอนุญาตมีลักษณะคาบเกี่ยวระหว่างการสร้างกฎและการออกคำสั่งเฉพาะเรื่อง และ (๓) การอนุญาตเป็น “ทรัพยากร” ที่จำกัด หน่วยงานผู้กำกับดูแลจึงต้องพิจารณาดัดสินข้อดีข้อเสียระหว่างผู้ขออนุญาตหลายราย ซึ่งกระบวนการดังกล่าวอาจเป็นการตัดสินที่มีอคติได้^{๑๐๘}

การอนุญาตอาจแบ่งประเภทตามเนื้อหาของการอนุญาตได้เป็นหลายประเภท เช่น การอนุญาตประกอบอาชีพ (เช่น ใบอนุญาตประกอบวิชาชีพทนายความ ใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรม) การอนุญาตประกอบธุรกิจ (เช่น ใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม ใบอนุญาตสถานบันเทิง) การอนุญาตครอบครองหรือใช้ทรัพย์สิน (เช่น ใบอนุญาตครอบครองอาวุธปืน ใบอนุญาตก่อสร้าง ใบอนุญาตครอบครองอากาศยาน) เป็นต้น

๔. การอนุญาตและมาตรการควบคุมรูปแบบอื่น ๆ

การอนุญาตเป็นมาตรการควบคุมรูปแบบหนึ่ง ซึ่งอาจสามารถแบ่งประเภทได้เป็น ๓ ระดับ^{๑๐๙} ได้แก่

๔.๑ การจดทะเบียน (registration)

การจดทะเบียนเป็นวิธีการควบคุมที่มีความเคร่งครัดต่ำ โดยเป็นการกำหนดให้บุคคลจดทะเบียนชื่อของตนเองลงในทะเบียนของทางราชการเมื่อต้องการเริ่มดำเนินกิจกรรมบางประเภท ซึ่งโดยปกติจะไม่มี การคัดกรองคุณสมบัติของบุคคลในกระบวนการจดทะเบียน และเมื่อจดทะเบียนแล้ว รัฐบาลจะไม่มีอำนาจในการปฏิเสธไม่ให้บุคคลดังกล่าวดำเนินกิจกรรมนั้นและผู้จดทะเบียนสามารถดำเนินกิจกรรมนั้น ๆ ได้โดยไม่ต้องรอผลการพิจารณาจากหน่วยงานผู้กำกับดูแล อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีอาจมีการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการจดทะเบียน ค่าธรรมเนียมตามระยะเวลา หรือค่าภาษีได้ ในการประกอบกิจการเป็นพิเศษได้ อีกทั้งอาจมีการให้ผู้จดทะเบียนส่งข้อมูลหรือเอกสารพื้นฐานบางประการ เช่น ที่อยู่หรือสถานที่ประกอบการ เป็นต้น ซึ่งหน่วยงานผู้กำกับดูแลอาจยกเลิกการจดทะเบียนได้หากพบว่าผู้จดทะเบียนมีคุณสมบัติไม่ตรงกับที่กฎหมายกำหนด ส่งข้อมูลหรือเอกสารไม่ครบถ้วน หรือไม่ได้ชำระค่าธรรมเนียม

๔.๒ การรับรอง (certification)

การรับรองเป็นวิธีการควบคุมที่รัฐบาลหรือองค์กรที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐบาลให้การรับรองคุณสมบัติของบุคคลในการดำเนินกิจกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ก่อนแล้ว ไม่ว่าจะ เป็นโดยการทดสอบความรู้ การฝึกอบรม เป็นต้น โดยบุคคลที่ได้รับการรับรองจะมีสิทธิในการใช้ชื่อตำแหน่ง (right to title) อย่างใดอย่างหนึ่งได้ตามกฎหมาย

^{๑๐๘} Ronald Cass, et. al., ADMINISTRATIVE LAW: CASES AND MATERIALS (4th Ed.), Aspen Publishers, 2006, pp. 745-746.

^{๑๐๙} โปรดดู Milton Friedman, CAPITALISM AND FREEDOM, 1962, p. 144-145; Benjamin Shimberg & Doug Roderer, QUESTIONS A LEGISLATOR SHOULD ASK, The Council on Licensure, Enforcement and Regulation, 1994, pp. 1, 5-6.

หรือข้อบังคับขององค์กรนั้น โดยอาจต้องชำระค่าธรรมเนียมหรือค่าสมาชิกตามระยะเวลาที่กำหนด อย่างไรก็ตาม การรับรองมิใช่เงื่อนไขในการทำกิจกรรมนั้น ๆ กล่าวคือ บุคคลที่ไม่ได้รับการรับรองยังคงมีสิทธิที่จะดำเนินกิจกรรมนั้นได้โดยไม่ผิดกฎหมาย เพียงแต่จะไม่ได้รับสิทธิในการใช้ชื่อตำแหน่งดังกล่าวเท่านั้น

๔.๓ การอนุญาต (licensure)

การอนุญาตเป็นวิธีการควบคุมที่มีความเคร่งครัดสูงที่สุด โดยบุคคลที่ต้องการดำเนินกิจกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งต้องขอความเห็นชอบหรือขอรับใบอนุญาตจากรัฐบาลหรือองค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายก่อน จึงจะสามารถดำเนินกิจกรรมเช่นว่านั้นได้ โดยในกระบวนการขออนุญาตนั้น ผู้ขออนุญาตจะต้องพิสูจน์ให้หน่วยงานผู้กำกับดูแลเห็นถึงเงื่อนไขหรือความเชี่ยวชาญชำนาญตามที่กฎหมายกำหนดก่อน ในขณะที่บุคคลที่ไม่ได้รับอนุญาตจะถูกห้ามไม่ให้ดำเนินกิจกรรมดังกล่าว และหากฝ่าฝืนข้อห้ามนั้น รัฐบาลมีอำนาจจะทำการลงโทษด้วยการปรับหรือจำคุกได้ตามที่กฎหมายกำหนด

๕. แนวทางการใช้มาตรการทดแทนการอนุญาตของสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากระบบอนุญาตของสหรัฐอเมริกามีการแบ่งแยกอำนาจกันระหว่างสหพันธรัฐมลรัฐ และท้องถิ่นอย่างเคร่งครัด ทำให้เป็นไปได้ยากที่จะตรากฎหมายหรือกำหนดแนวทางการปฏิรูประบบอนุญาตทั้งระบบทั่วประเทศ อย่างไรก็ตาม ในบางด้านได้มีความพยายามจากองค์กรต่าง ๆ เพื่อทำการปฏิรูประบบอนุญาต โดยในที่นี้จะขอยกตัวอย่าง ๒ กรณี ได้แก่ ใบอนุญาตประกอบวิชาชีพและใบอนุญาตประกอบธุรกิจ

๕.๑ กรอบแนวทางนโยบายด้านใบอนุญาตประกอบอาชีพ

การออกใบอนุญาตประกอบอาชีพโดยทั่วไปเป็นอำนาจของรัฐบาลมลรัฐ^{๑๑๐} อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. ๒๐๑๕ รัฐบาลสหรัฐอเมริกาในสมัยประธานาธิบดีโอบามาได้ออกแนวทางการปฏิบัติที่ดีเกี่ยวกับใบอนุญาตประกอบอาชีพ^{๑๑๑} ซึ่งเสนอสภาพปัญหา แนวทางปฏิบัติที่ดี และมาตรการทดแทนระบบอนุญาตไว้สรุปสาระสำคัญได้ดังต่อไปนี้

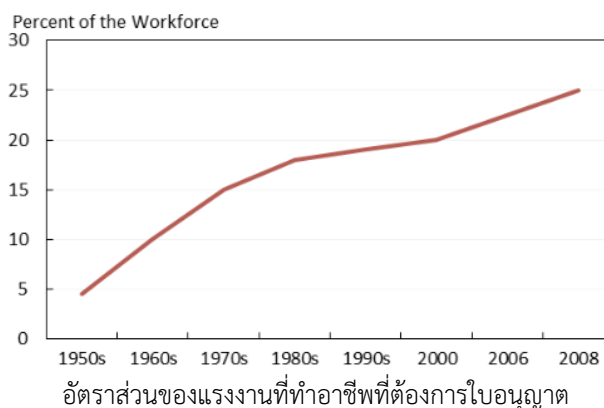
(๑) สภาพปัญหา

จากการศึกษาวิจัย^{๑๑๒} พบว่า แรงงานของสหรัฐอเมริกาที่ทำอาชีพที่ต้องการใบอนุญาตมีแนวโน้มขยายตัวขึ้นเรื่อย ๆ โดยมีปัจจัยสำคัญ ๒ ประการ คือ การเพิ่มจำนวนของชนิดใบอนุญาตประกอบอาชีพในแต่ละมลรัฐ และการเพิ่มจำนวนของแรงงานที่ทำอาชีพที่ต้องการใบอนุญาตเดิม ทำให้เกิดอุปสรรคในการเข้าทำงานและลดโอกาสการจ้างงานภายในประเทศ และทำให้เกิดความลำบากในการเคลื่อนย้ายแรงงานและถิ่นฐานระหว่างมลรัฐในกรณีที่เงื่อนไขในการอนุญาตในแต่ละมลรัฐมีความแตกต่างกัน นอกจากนี้ ยังพบว่า การกำหนดเงื่อนไขใบอนุญาตที่ไม่สมเหตุสมผลยังก่อให้เกิดภาระกับกลุ่มบุคคลบางกลุ่มมากกว่ากลุ่มอื่น เช่น บุคคลที่มีประวัติอาชญากรรม หรือแรงงานต่างด้าว

^{๑๑๐}โปรดดูคดีบรรทัดฐาน เช่น Dent v. West Virginia, 129 U.S. 114 (1889)

^{๑๑๑}โปรดดู OCCUPATION LICENSING: A FRAMEWORK FOR POLICYMAKER, July 2015 สามารถเข้าถึงได้ทาง https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/licensing_report_final_nonembargo.pdf (เข้าถึงครั้งสุดท้ายวันที่ ๒๕ สิงหาคม ๒๕๖๐)

^{๑๑๒} เพิ่งอ้าง



ที่มา: Occupation Licensing: A Framework for Policymaker (2015) หน้า ๑๗

นอกจากนี้ การศึกษาอีกฉบับ^{๑๑๓} ยังพบว่า อาชีพรายได้ต่ำที่ต้องขอใบอนุญาตในแต่ละมลรัฐมีความแตกต่างกัน โดยมีเพียง ๗ อาชีพ จากจำนวน ๑๐๒ อาชีพที่สำรวจเท่านั้นที่ต้องขอใบอนุญาตในทุกมลรัฐ อันแสดงให้เห็นว่า แม้ใบอนุญาตในสหรัฐอเมริกาจะมีพื้นฐานจากความจำเป็นในการกำกับดูแลความปลอดภัยและสาธารณสุข แต่มลรัฐต่าง ๆ มีมาตรฐานที่ต่างกัน ในการกำหนดว่าเรื่องใดเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยและสาธารณสุขถึงขนาดที่ต้องกำกับดูแลด้วยวิธีการอนุญาต อีกทั้งอาจอนุมานได้ว่า อาชีพบางอาชีพอาจไม่ได้มีความจำเป็นต้องกำกับดูแลหรือไม่ต้องกำกับดูแลด้วยวิธีอื่นอนุญาต

(๒) แนวปฏิบัติที่ดีสำหรับใบอนุญาต

รายงานของรัฐบาลฯ^{๑๑๔} ได้เสนอแนวปฏิบัติที่ดีในการใช้การกำกับ การประกอบอาชีพด้วยวิธีอื่นอนุญาต สรุปได้ดังนี้

- ๑) การอนุญาตต้องเกี่ยวข้องใกล้ชิดกับการคุ้มครองความปลอดภัย สาธารณะและสาธารณสุข และต้องไม่มีขอบเขตกว้างขวางหรือเป็นภาระจนเกินไป
 - พิจารณาเลือกใช้วิธีจดทะเบียนหรือการรับรองโดยสมัครใจแทน หากไม่มีประโยชน์สาธารณะที่หนักแน่นมากนัก
 - เงื่อนไขด้านสัณฐานปฏิบัติการอนุญาต (เช่น การศึกษา ประสบการณ์) ต้องเกี่ยวข้องใกล้ชิดกับปัญหาที่ต้องการจะแก้ไข
 - ลดภาระด้านกระบวนการในการขอรับใบอนุญาต ค่าธรรมเนียม เอกสาร และระยะเวลาที่ใช้
 - ในกรณีที่จำเป็นต้องใช้วิธีอื่นอนุญาต ควรยินยอมให้ผู้รับใบอนุญาต ให้บริการที่เกี่ยวข้องกับอาชีพนั้น ๆ ได้เต็มขอบเขตของอาชีพ แม้บริการดังกล่าวจะทับซ้อนกับอาชีพอื่น ก็ตาม

^{๑๑๓}โปรดดู Dick M. Carpenter II, et. al., LICENSE TO WORK: A NATIONAL STUDY OF BURDENS FROM OCCUPATIONAL LICENSING, Institute of Justice, May 2012 สามารถเข้าถึงได้ทาง https://www.ij.org/images/pdf_folder/economic_liberty/occupational_licensing/licensetowork.pdf (เข้าถึงครั้งสุดท้ายวันที่ ๒๕ สิงหาคม ๒๕๖๐)

^{๑๑๔}โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๑๑ หน้า ๔๒-๔๓

- พิจารณาไม่ให้เงื่อนไขการขอใบอนุญาตเป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดของบุคคลที่พร้อมด้วยคุณสมบัติ โดยเฉพาะต่อบุคคลที่มีประวัติอาชญากรรม แรงงานต่างด้าว และครอบครัวของทหาร

๒) การพิจารณาต้นทุนและผลประโยชน์อย่างระมัดระวัง

- ประเมินความคุ้มค่าโดยกฎหมายประเมินความจำเป็น (sunrise) และกฎหมายประเมินผลกระทบ (sunset) โดยพิจารณาเรื่องต่าง ๆ เช่น การมีอยู่ของประโยชน์สาธารณะที่เกี่ยวข้อง วิธีการอื่นเพียงพอที่จะคุ้มครองผู้บริโภคหรือไม่ (เช่น การเยียวยาทางกฎหมาย การจัดอันดับ ระบบควบคุมชื่อเสียง หรือกลไกอื่น) ผลต่อตลาดแรงงาน ผลต่อราคาสินค้าและบริการ ค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการ

- ปรับปรุงกลไกการประเมินความคุ้มค่า เช่น การอุดหนุนทรัพยากรที่จำเป็นสำหรับหน่วยงานที่ประเมินความคุ้มค่า การลดอิทธิพลทางการเมืองที่มีต่อการประเมินความคุ้มค่า การจัดตั้งคณะกรรมการพิเศษภายใต้ฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับใบอนุญาตประกอบอาชีพในภาพรวม หรือการกำหนดจำนวนคะแนนเสียงขั้นต่ำของคณะกรรมการในสภาหรือสภาที่ใช้ในการผ่านกฎหมายโดยไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำของหน่วยงานที่มีหน้าที่ทบทวนหรือประเมินความเหมาะสมของกฎหมาย

- เพิ่มตัวแทนภาคประชาชนในคณะกรรมการวิชาชีพ

๓) การลดอุปสรรคในการเคลื่อนย้ายแรงงานอันเนื่องจากระบบใบอนุญาต

- ปรับเปลี่ยนเงื่อนไขการออกใบอนุญาตในแต่ละมลรัฐใกล้เคียงกันให้มากที่สุด

- จัดทำข้อตกลงระหว่างมลรัฐเพื่อยอมรับใบอนุญาตระหว่างกัน หรือลดภาระการเคลื่อนย้ายแรงงาน รวมทั้งแลกเปลี่ยนข้อมูลการประกอบอาชีพระหว่างมลรัฐ

- ในการจัดทำข้อตกลงระหว่างมลรัฐ ควรหลีกเลี่ยงการกีดกันบุคคลที่มีประวัติอาชญากรรม หรือการใช้เงื่อนไขของมลรัฐที่เข้มงวดมากที่สุด

- หากยากที่จะกำหนดมาตรฐานร่วมกันระหว่างมลรัฐ ควรพิจารณาสร้างกลไก ๒ ระดับ กล่าวคือในระดับที่หนึ่ง เป็นกลไกที่ยินยอมให้เฉพาะผู้ประกอบการที่ผ่านมาตรฐานขั้นสูงสามารถประกอบอาชีพในอีกมลรัฐหนึ่งได้ด้วยกระบวนการพิเศษ ส่วนผู้ประกอบการที่ผ่านมาตรฐานขั้นสูงดังกล่าว ก็ต้องขออนุญาตตามระบบปกติ

(๓) มาตรการทดแทนระบบใบอนุญาต

รายงานของรัฐบาล^{๑๑๕} ได้เสนอมาตรการทดแทนการใช้ระบบใบอนุญาตในการประกอบอาชีพไว้ดังนี้

๑) การรับรอง (certification) – การจำกัดสิทธิในการใช้ชื่อตำแหน่งให้แก่บุคคลที่ผ่านคุณสมบัติมาตรฐานและได้รับการรับรอง เป็นวิธีการให้ข้อมูลเกี่ยวกับคุณภาพของผู้ให้บริการแก่ผู้บริโภค ซึ่งทำให้ผู้บริโภคสามารถเลือกคุณภาพของบริการได้ด้วยตนเอง โดยไม่จำกัดบุคคลอื่นในการเข้าสู่ตลาดอาชีพนั้น ๆ ทั้งนี้ การรับรองดังกล่าวอาจกระทำโดยรัฐบาล องค์กรที่รัฐบาลกำหนด หรือองค์กรภาคเอกชนก็ได้ ดังนั้น การใช้วิธีการรับรองจึงเหมาะสมกับกรณีที่คุณภาพของบริการที่ต่ำไม่ได้ก่อให้เกิดผลร้ายแรงมากนัก แต่ไม่เหมาะสมสำหรับกรณีที่ผู้ใช้บริการอาจตัดสินใจ

^{๑๑๕}โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๑๑ หน้า ๔๓-๔๖

อย่างไม่เหมาะสมหรือเป็นอันตราย หรือเมื่อการตัดสินใจเลือกใช้บริการอาจมีผลกระทบกับบุคคลอื่น โดยเฉพาะในกรณีที่รัฐบาลยินยอมให้องค์กรเอกชนเป็นองค์กรผู้รับรองคุณภาพได้โดยเสรี ก็อาจเกิดผลทำให้ผู้บริโภคไม่สามารถแยกแยะคุณภาพของผู้ได้รับการรับรองขององค์กรเอกชนแต่ละแห่งได้ ทั้งนี้ ในกรณีการรับรอง รัฐบาลอาจกำหนดกลไกในการเพิกถอนการรับรองคุณสมบัติโดยรัฐไว้ก็ได้

๒) การจดทะเบียน (registration) – การจัดทำทะเบียนรายชื่อผู้ประกอบการอาชีพของทางรัฐบาลจะเป็นประโยชน์ในการติดต่อและค้นหาผู้ประกอบการอาชีพนั้นในกรณีที่มีเรื่องร้องเรียนจากผู้ใช้บริการ อีกทั้งยังเป็นฐานข้อมูลจำนวนผู้ประกอบการอาชีพให้กับรัฐบาลได้ นอกจากนี้ รัฐบาลอาจพิจารณากำหนดคุณสมบัติขั้นต่ำ เช่น การกำหนดให้จัดส่งเอกสารหรือข้อมูลรับรองคุณสมบัติบางประการ สำหรับการขอจดทะเบียนได้ ดังนั้น ระบบการจดทะเบียนจึงเหมาะสมกับกรณีที่เป็นอันตรายกับผลประโยชน์สาธารณะเพียงเล็กน้อย และมีวิธีการทางกฎหมายอื่นที่สามารถเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้อยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม การจดทะเบียนอาจไม่เหมาะสมกับกรณีที่รัฐบาลต้องการให้ผู้ประกอบการอาชีพพัฒนาทักษะความรู้หรือคุณภาพของบริการอย่างสม่ำเสมอ

๓) การบังคับวางประกัน (mandatory bonding) – การกำหนดให้ผู้ประกอบการอาชีพคงเงินตามจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อเป็นประกันในการชดเชยค่าเสียหายของผู้ใช้บริการ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ จะทำให้ผู้ให้บริการมีแรงจูงใจที่จะต้องให้บริการที่มีคุณภาพสูงขึ้น และทำให้ผู้ให้บริการมีความมั่นใจมากขึ้นว่าตนจะได้รับการชดเชยในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้น นอกจากนี้ การบังคับให้วางประกันดังกล่าวแล้ว รัฐบาลอาจอนุญาตให้ผู้ประกอบการอาชีพซื้อประกันการประกอบการอาชีพแทนการวางเงินประกันก็ได้ โดยในกรณีนี้ การยินยอมรับประกันของบริษัทประกันภัยย่อมแสดงให้เห็นว่าคุณภาพของผู้ประกอบการอาชีพรายนั้น ๆ มีคุณภาพที่ดีพอสมควร

๔) การกำกับดูแลกิจการหรือสถานประกอบการโดยตรง (direct regulation of firms and establishments) – ในบางกรณีการตรวจสอบดูแลกิจการหรือสถานประกอบการอาจมีประสิทธิภาพมากกว่าและเป็นภาระน้อยกว่าการใช้ระบบอนุญาตก็ได้ โดยในหลายกรณี การใช้ระบบอนุญาตอาจไม่เกี่ยวข้องกับคุณภาพของบริการมากนัก เนื่องจากหน่วยงานผู้กำกับดูแลอาจปล่อยปะละเลยไม่กำกับดูแลอย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร หรือทำการกำกับดูแลเฉพาะกรณีที่มีการร้องเรียนด้านคุณภาพเท่านั้น ในกรณีเช่นนี้ การเข้าตรวจสอบสถานประกอบการโดยตรงเป็นระยะ ๆ อาจมีประสิทธิภาพมากกว่า อีกทั้งไม่เป็นการกีดกันแรงงานบางส่วนออกจากตลาดแรงงานด้วย

๕.๒ ตัวอย่างการปฏิรูประบบใบอนุญาตประกอบธุรกิจของนครชิคาโก

(๑) สภาพปัญหา

ในช่วงปี ค.ศ. ๒๐๑๑ นครชิคาโกตระหนักถึงปัญหาความซับซ้อนของระบบใบอนุญาตประกอบธุรกิจในเมือง ที่ทำให้เกิดต้นทุนจำนวนมากกับผู้ประกอบการในเมือง โดยเฉพาะผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม โดยในขณะนั้นนครชิคาโกมีจำนวนใบอนุญาตประกอบธุรกิจจำนวน ๑๑๗ ประเภท และก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายด้านค่าธรรมเนียมใบอนุญาตต่อธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมกว่า ๑๐,๐๐๐ แห่ง เป็นมูลค่าปีละกว่า ๒ ล้านดอลลาร์สหรัฐ^{๑๑๖}

^{๑๑๖} CHICAGO LICENSING AND PERMITTING REFORM, Harvard Kennedy School, ASH Center for Democratic Governance and Innovation, January 2015 สามารถเข้าถึงได้ทาง

<http://datasmart.ash.harvard.edu/news/article/case-study-chicago-licensing-and-permitting-reform-647> (เข้าถึงครั้งสุดท้ายวันที่ ๒๕ สิงหาคม ๒๕๖๐)

จากการศึกษาของคณะทำงานของนายกเทศมนตรีนครชิคาโก พบว่าใบอนุญาตจำนวนมากเป็นใบอนุญาตที่มีมานานและไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ปัจจุบัน นอกจากนี้ใบอนุญาตบางประเภทยังถูกใช้อย่างผิดวัตถุประสงค์ กล่าวคือ หน่วยงานผู้กำกับดูแลใช้ระบบอนุญาตเป็นเพียงช่องทางในการติดตามข้อมูลทางธุรกิจเท่านั้น มิได้ใช้เป็นช่องทางในการปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะตามความมุ่งหมายที่ควรจะเป็น^{๑๑๗}

(๒) แนวทางการปฏิรูป

นอกจากการนำเทคโนโลยีสารสนเทศเข้ามาใช้ในการปฏิรูปเพื่อลดขั้นตอนและอำนวยความสะดวกในการขอใบอนุญาตแล้ว คณะทำงานยังได้ตราข้อบัญญัตินครชิคาโกเป็นการเฉพาะเพื่อปฏิรูประบบอนุญาต มีแนวทางสำคัญ ได้แก่ การแบ่งประเภทใบอนุญาตใหม่ออกเป็น ๓ ประเภท^{๑๑๘} ได้แก่

๑) ใบอนุญาตประกอบธุรกิจแบบจำกัด (Limited Business Licenses) ซึ่งเป็นใบอนุญาตทั่วไปที่ธุรกิจทุกประเภทต้องได้รับก่อนการประกอบธุรกิจในนครชิคาโก โดยใบอนุญาตดังกล่าวจะใช้ประโยชน์ในการเก็บภาษีและเป็นข้อมูลธุรกิจเป็นหลัก เช่น ธุรกิจขายปลีก ธุรกิจตัวแทน

๒) ใบอนุญาตประกอบธุรกิจที่ต้องกำกับดูแล (Regulated Business Licenses) ซึ่งเป็นใบอนุญาตสำหรับธุรกิจที่จำเป็นต้องมีการกำกับดูแลในระดับปานกลาง เช่น ธุรกิจโรงแรม ธุรกิจซ่อมแซมในบ้าน ธุรกิจพัฒนาอสังหาริมทรัพย์

๓) ใบอนุญาตประกอบธุรกิจเฉพาะ (Specific Business Licenses) ซึ่งเป็นใบอนุญาตสำหรับธุรกิจที่จำเป็นต้องมีการกำกับดูแลเป็นการเฉพาะ เช่น ธุรกิจขายสุรา ธุรกิจยาสูบ ธุรกิจนวด ธุรกิจดูแลเด็ก ธุรกิจดูแลสัตว์

นครชิคาโกได้ใช้การจัดกลุ่มใบอนุญาตข้างต้นเป็นฐานในการพิจารณาว่าควรยกเลิก ควบรวม หรือคงไว้ซึ่งใบอนุญาตประเภทใด โดยพิจารณาประกอบกับเป้าหมายที่ต้องการจะลดต้นทุนการบังคับใช้ใบอนุญาตประกอบธุรกิจที่ไม่ได้เป็นปัญหากับประโยชน์สาธารณะมากนัก และทุ่มทรัพยากรการบังคับใช้ดังกล่าวให้แก่ธุรกิจที่มีความเสี่ยงจะก่อให้เกิดการหลอกลวง ผู้บริโภค การฉ้อโกง หรือการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม โดยเมื่อพิจารณาแล้ว ปรากฏผลว่า นครชิคาโกสามารถลดจำนวนใบอนุญาตจาก ๑๑๗ ประเภท เหลือเพียง ๔๙ ประเภท^{๑๑๙}

นครชิคาโกยังลดภาระการขอใบอนุญาตโดยการกำหนดหลักเกณฑ์ไม่ให้ผู้ประกอบการต้องขอรับใบอนุญาตธุรกิจแบบจำกัดซึ่งเป็นใบอนุญาตทั่วไปซ้ำอีก หากผู้ประกอบการดังกล่าวได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจที่ต้องกำกับดูแลหรือใบอนุญาตประกอบธุรกิจเฉพาะแล้ว ทำให้ลดความจำเป็นในการขอใบอนุญาตซ้ำซ้อนหลายใบ นอกจากนี้ นครชิคาโกยังได้กำหนดใบอนุญาตประเภทใหม่ที่เรียกว่า “ใบอนุญาตธุรกิจที่เกิดขึ้นใหม่ (Emerging Business Permit)”^{๑๒๐} เพื่อออกให้แก่ธุรกิจที่ไม่อาจจัดประเภทลงในขอบเขตของประเภทธุรกิจเดิมและอยู่ระหว่างการทดลองประกอบกิจการ โดยยังไม่อาจทราบได้ว่าจะก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อความปลอดภัยหรือประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ซึ่งใบอนุญาตประเภทนี้มีประโยชน์ในการลดความจำเป็นที่ต้องสร้าง

^{๑๑๗} เฝิงอ้าง, หน้า ๖

^{๑๑๘} Chicago Code, § 4-4-016

^{๑๑๙} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๑๖ หน้า ๑๒

^{๑๒๐} Chicago Code, § 4-4-022

ใบอนุญาตประเภทใหม่ ๆ ขึ้นทุกครั้งที่มีธุรกิจประเภทใหม่เกิดขึ้น ทำให้นครชิคาโกสามารถรองรับความคิดสร้างสรรค์ทางธุรกิจได้ดียิ่งขึ้น^{๑๒๑}

๕.๓ มาตรการทางเลือกอื่น

นอกจากทางเลือกต่าง ๆ ที่ได้นำเสนอมาข้างต้นแล้ว ในบริบทที่แตกต่างกัน ผู้กำหนดนโยบายอาจพิจารณาเลือกใช้มาตรการอื่น ๆ เพื่อเป็นทางเลือกทดแทนหรือประกอบกับมาตรการอื่นได้ อาทิ

(๑) การบังคับให้เปิดเผยข้อมูล ซึ่งอาจเหมาะสมในกรณีที่พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้บริโภคมีความสามารถตัดสินใจเลือกบริการที่มีคุณภาพได้เอง เช่น การบังคับให้เปิดเผยข้อมูลด้านโภชนาการแทนการเข้าไปควบคุมและอนุญาตเกี่ยวกับสูตรอาหาร^{๑๒๒}

(๒) การใช้กลไกตลาดเพื่อจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดแทนการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานผู้กำกับดูแล เช่น การใช้คาร์บอนเครดิต (carbon credit) แทนการใช้ใบอนุญาตด้านสิ่งแวดล้อม

(๓) การใช้กฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าแทนการขยายขอบเขตการอนุญาต เพื่อให้เกิดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการอันนำมาสู่การรักษาไว้ซึ่งมาตรฐานของบริการบางประเภท^{๑๒๓}

(๔) การกำกับดูแลด้านราคา (price regulation) รวมทั้งการใช้ภาษีเพื่อปรับเปลี่ยนพฤติกรรม (corrective tax)

(๕) การใช้โทษทางอาญาหรือโทษทางปกครองแทนการอนุญาต เช่น การเพิ่มโทษทางอาญาของความผิดฐานฆ่าผู้อื่นให้ถึงแก่ความตายแทนการขยายขอบเขตใบอนุญาตการถือครองอาวุธปืน เพื่อลดปัญหาความรุนแรงจากอาวุธปืน

๖. การลดภาระในการขออนุญาต

๖.๑ การลดความซับซ้อนของระบบอนุญาต

ศูนย์วิจัยแอชเพื่อการปกครองและนวัตกรรมประชาธิปไตยได้ให้แนวทางการลดความซับซ้อนของระบบอนุญาตสำหรับรัฐบาลท้องถิ่นไว้ จำนวน ๕ ข้อ^{๑๒๔} ได้แก่

(๑) ประกาศกระบวนการอนุญาตทางออนไลน์ โดยข้อมูลดังกล่าวรวมถึงข้อมูลเพื่อการติดต่อสอบถาม กำหนดเวลาสำหรับกระบวนการแต่ละขั้นตอน ค่าใช้จ่าย วิธีการที่ต้องดำเนินการในแต่ละขั้นตอน ทั้งนี้ ข้อมูลที่ให้แก่ประชาชนควรเป็นข้อมูลระยะเวลาการพิจารณาเฉลี่ยตามความเป็นจริง

^{๑๒๑}โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๑๖ หน้า ๑๐

^{๑๒๒}โปรดดูตัวอย่างการเปิดเผยข้อมูลโภชนาการในคดี New York State Restaurant Association v. New York City Board of Health, 556 F.3d 114 (2nd Cir. 2000)

^{๑๒๓}โปรดดูตัวอย่างข้อเท็จจริงในคดี North Carolina State Board of Dental Examiners v. Federal Trade Commission, 574 U.S. ____ (2015)

^{๑๒๔}โปรดดู STREAMLINED PERMITTING & LICENSING, Ash Center for Democratic Governance and Innovation, Harvard Kennedy School สามารถเข้าถึงได้ทาง

<http://datasmart.ash.harvard.edu/news/article/streamlined-permitting-licensing-599> (เข้าถึงครั้งสุดท้ายวันที่ ๒๕ สิงหาคม ๒๕๖๐)

(๒) จัดตั้งศูนย์บริการร่วมด้านใบอนุญาต เพื่อประกาศข้อมูลใบอนุญาตต่าง ๆ ในที่เดียวกัน โดยควรมีการฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ของแต่ละหน่วยงานให้ทราบถึงกระบวนการกว้าง ๆ ในการขอรับใบอนุญาตประเภทอื่นที่ไม่ได้อยู่ในความรับผิดชอบของตน อีกทั้งควรมีการประกาศข้อมูลเป็นหลายภาษาเท่าที่จะสามารถทำได้^{๑๒๕}

(๓) สร้างผู้ปฏิบัติงานให้เป็นผู้บริการลูกค้า และมีการประเมินผลผ่านระบบตัวชี้วัดและเสียงสะท้อนของผู้ใช้บริการ

(๔) เริ่มทดลองออกใบอนุญาตประเภทใหม่ให้ครอบคลุมเฉพาะธุรกิจหรือกิจกรรมที่มีขอบเขตจำกัดก่อน แล้วหากได้ผลเป็นที่น่าพึงพอใจ จึงนำความคิดเห็นและเสียงตอบรับที่ได้รับจากการทดลองออกใบอนุญาตประเภทใหม่นั้นไปใช้ปรับปรุงและขยายขอบเขตไปให้กว้างขวางและครอบคลุมกิจกรรมนั้น ๆ มากยิ่งขึ้น

(๕) จัดตั้งผู้ตรวจการซึ่งเป็นอิสระสำหรับธุรกิจขนาดย่อม เพื่อเป็นตัวแทนของธุรกิจในการให้คำแนะนำและสะท้อนความคิดเห็นไปยังหน่วยงานที่กำกับดูแล

๖.๒ บทบัญญัติ “เจ้าคุณปู่” (Grandfather Clause)

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทเฉพาะกาลประเภทหนึ่งที่มีพื้นฐานอยู่บนสิทธิที่ได้รับไว้แล้ว (acquired right) กล่าวคือ กำหนดให้ผู้ที่ประกอบกิจการหรือทำกิจกรรมที่ต่อมามีการกำหนดให้ต้องขออนุญาต สามารถประกอบกิจการหรือทำกิจกรรมต่อไปได้ โดยไม่ต้องขอรับใบอนุญาตประเภทใหม่หรือไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่ประกาศใช้ใหม่ จนกว่าผู้ประกอบกิจการหรือผู้ทำกิจกรรมรายนั้นจะเลิกประกอบกิจการหรือทำกิจกรรมนั้นไปเอง หรือสามารถขอต่อใบอนุญาตได้โดยไม่ต้องมีคุณสมบัติบางประการที่กำหนดโดยกฎหมาย อาทิ การยกเว้นการทดสอบความรู้เป็นช่างไฟฟ้ารับอนุญาต^{๑๒๖} การยกเว้นไม่ต้องปรับปรุงสระว่ายน้ำหรือสปาให้เป็นไปตามมาตรฐานการก่อสร้างและการออกแบบใหม่^{๑๒๗} การที่ร้านขายแอลกอฮอล์ที่เปิดอยู่เดิมได้รับการยกเว้นให้สามารถตั้งอยู่ใกล้ชิดกับสถานที่ทางศาสนาได้ต่างจากร้านที่เปิดใหม่^{๑๒๘} เป็นต้น จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติประเภทนี้มีผลเป็นการลดภาระการปฏิบัติตามกฎระเบียบเกี่ยวกับใบอนุญาตใหม่ให้แก่บุคคลที่ทำกิจกรรมนั้นมาตั้งแต่ก่อนกฎหมายใหม่ประกาศใช้ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติประเภทนี้ก็มีข้อเสียสำคัญ คือ สร้างความไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการรายใหม่และผู้ประกอบการที่มีอยู่เดิม ในบางครั้งจึงถูกใช้เพื่อให้ประโยชน์ที่ไม่ชอบธรรมแก่ผู้ประกอบการรายเดิม

^{๑๒๕} ตัวอย่างเว็บไซต์ของสหรัฐอเมริกาที่รวบรวมข้อมูลใบอนุญาตประกอบธุรกิจ ได้แก่ เว็บไซต์ของกรมธุรกิจขนาดย่อม (Small Business Administration) ซึ่งสามารถเข้าถึงได้ทาง

<https://www.sba.gov/business-guide/launch/apply-for-licenses-permits-federal-state> (เข้าถึงครั้งสุดท้ายวันที่ ๒๖ สิงหาคม ๒๕๖๐)

^{๑๒๖} Arkansas Code, § 17-28-310

^{๑๒๗} Montana Administrative Rules, 37.115.1905

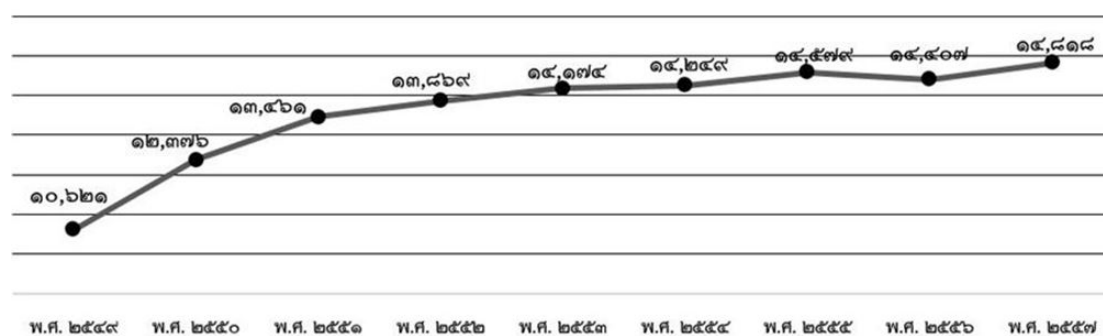
^{๑๒๘} New York State Alcoholic Beverage Control Law

บทที่ ๖ การใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในระบบกฎหมายญี่ปุ่น*

๑. แนวความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบกิจการ

โดยทั่วไป ฝ่ายบริหารมีหน้าที่อย่างกว้างขวางในการควบคุมดูแลและจัดการสภาพสังคม ยกตัวอย่างเช่น ดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมซึ่งรวมถึงชีวิต เสรีภาพ อนามัยของประชาชนซึ่งเป็นสมาชิกของสังคมนั้น ๆ ดูแลรักษาสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ สาธารณสมบัติของแผ่นดินซึ่งสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกันของประชาชน นอกจากนี้ ฝ่ายบริหารยังคงมีหน้าที่ประการอื่นอันเกี่ยวเนื่องกับนโยบายสาธารณะ เช่น การควบคุมดูแลพฤติกรรมทางเศรษฐกิจของประชาชนเพื่อให้เกิดการพัฒนาทางเศรษฐกิจไปในทางที่เหมาะสมและสอดคล้องกับแนวทางที่ได้วางกรอบนโยบายไว้ และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวจึงมีความจำเป็นในการที่รัฐจะต้องเข้ามาแทรกแซงกิจกรรมต่าง ๆ ของประชาชนโดยการจำกัดเสรีภาพในการดำเนินการบางอย่างที่อาจมีความอันตรายหรือไม่สอดคล้องกับนโยบายสาธารณะโดยรวม อาทิเช่น การกำหนดให้มีข้อกำหนดห้ามมิให้ประกอบธุรกิจบางประเภท การกำหนดให้มีการดำเนินการบางประการก่อนหรือระหว่างการประกอบกิจการ เป็นต้น ซึ่งเครื่องมือในการควบคุมนั้น โดยทั่วไปมักปรากฏในรูปแบบของมาตรการควบคุมต่าง ๆ (許認可等) ยกตัวอย่างเช่น การขออนุญาต (許可) การขอการรับรอง (認定) การลงทะเบียน (登録) การจดทะเบียนก่อนดำเนินการ (届出) และมาตรการอื่น ๆ อีกเป็นจำนวนมาก ซึ่งจากการตรวจสอบข้อมูลล่าสุด (พ.ศ. ๒๕๕๗) พบว่าในประเทศญี่ปุ่นมีการกำหนดให้มีมาตรการควบคุมทั้งสิ้น ๑๔,๘๑๘ รายการ และมีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้นเรื่อยมา

กราฟแสดงการเปลี่ยนแปลงของจำนวนมาตรการควบคุมในประเทศญี่ปุ่น
(อ้างอิง 許認可等の統一的把握の結果について平成二十七年五月総務省行政評価局)



๒. รูปแบบของมาตรการควบคุม

คำว่า “ระบบอนุญาต” ในภาษาญี่ปุ่นนั้นคือคำว่า “許可制” แต่ทว่าคำนี้มีความหมายอย่างแคบในระบบกฎหมายญี่ปุ่นเนื่องจากการอนุญาตเป็นเพียงรูปแบบหนึ่งของมาตรการควบคุมทั้งหลาย (許認可等) ที่มีการบังคับใช้เท่านั้น นอกเหนือจากคำสั่งอนุญาต (許可) ระบบกฎหมายญี่ปุ่นยังมีการใช้มาตรการควบคุมในรูปแบบอื่น ๆ อาทิเช่น คำสั่งอนุมัติ (認可)

*โดย นายนิพัฒน์ สิ้นเพ็ง คณะทำงานศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย

การออกใบอนุญาต (免許) การกำหนดให้เป็นผู้ดำเนินการ (指定) การรับรอง (認定) การตรวจสอบ (検査) การลงทะเบียน (登録) การแจ้ง (届出) การรายงานผล (報告) เป็นต้น ซึ่งในทางทฤษฎีสามารถจำแนกประเภทมาตรการควบคุมเหล่านี้ได้เป็น ๓ ประเภทหลัก ๆ ดังนี้

๒.๑ มาตรการควบคุมที่เคร่งครัดสูงและใช้เวลามาก ได้แก่ กรณีที่การดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดโดยทั่วไปนั้นเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย แต่หากผู้ยื่นคำร้องขอดำเนินการนั้นได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดครบถ้วนสมบูรณ์ทุกประการแล้ว ความต้องห้ามตามกฎหมายนั้นจะถูกละเลิกโดยคำสั่งของหน่วยงานผู้รับผิดชอบตามกฎหมายหรือผู้ยื่นคำร้องอาจได้สิทธิในการดำเนินการนั้นโดยไม่เป็นการขัดหรือฝ่าฝืนต่อกฎหมาย กรณีเช่นว่านี้ ประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดให้มีเครื่องมือในการอนุญาต อาทิเช่น คำสั่งอนุญาต (許可) คำสั่งอนุมัติ (認可) การออกใบอนุญาต (免許) การกำหนดให้เป็นผู้ดำเนินการ (指定) เป็นต้น

๒.๑.๑ คำสั่งอนุญาต (許可) ในระบบกฎหมายญี่ปุ่นนั้นจะใช้กับกรณีที่มีการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งสภาพมิได้เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยตรง แต่เนื่องจากมีความจำเป็นในการรักษาผลประโยชน์ของสาธารณะเพราะการดำเนินการนั้นอาจมีผลกระทบอย่างยิ่งยวดต่อชีวิต เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสภาพสังคม จึงได้มีการกำหนดให้ห้ามหรือจำกัดสิทธิในการดำเนินการนั้นไว้ตามกฎหมาย การที่หน่วยงานผู้รับผิดชอบมีคำสั่งอนุญาต (許可) จึงมีผลเป็นการยกเลิกบทต้องห้ามนั้นแก่ผู้ยื่นคำร้องเพื่อดำเนินการนั้น ^{๑๒๙} ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติการผังเมือง^{๑๓๐} (都市計画法) มาตรา ๒๙ วรรคแรก ได้กำหนดไว้ว่า “ผู้ใดจะดำเนินการพัฒนาในบริเวณเขตพื้นที่ผังเมืองหรือในบริเวณเสมือนเขตพื้นที่ผังเมืองต้องได้รับคำสั่งอนุญาตล่วงหน้าจากผู้ว่าราชการจังหวัดตามระเบียบที่กระทรวงคมนาคมได้กำหนด” ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดเงื่อนไขการอนุญาตไว้อย่างชัดเจนว่ากรณีเช่นใดจะต้องอนุญาตและกรณีใดห้ามมิให้อนุญาต ผู้ว่าราชการจังหวัดมีดุลพินิจในการพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตก็ได้

๒.๑.๒ คำสั่งอนุมัติ (認可) ในระบบกฎหมายญี่ปุ่นใช้ในกรณีที่กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขหรือมาตรฐานในการดำเนินการของผู้ที่ประสงค์จะดำเนินการ และหากผู้ยื่นคำร้องได้ดำเนินการตามเงื่อนไขหรือมาตรฐานที่ได้กำหนดไว้ครบถ้วนสมบูรณ์แล้ว หน่วยงานที่รับผิดชอบจะมีคำสั่งอนุมัติ (認可) ให้ดำเนินการได้โดยทันที ซึ่งต่างจากคำสั่งอนุญาต (許可) ที่ได้กล่าวมาข้างต้น เพราะคำสั่งอนุญาต (許可) ข้างต้นนั้น หน่วยงานที่รับผิดชอบมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการพิจารณาออกคำสั่งอนุญาตหรือไม่เป็นราย ๆ ไป หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าแม้ว่าผู้ยื่นคำร้องได้ดำเนินการตามเงื่อนไขครบถ้วนสมบูรณ์ทุกประการแล้วก็ตาม ฝ่ายบริหารก็ยังสามารถใช้ดุลพินิจไม่อนุญาตให้ดำเนินการได้ ในอีกด้านหนึ่ง คำสั่งอนุมัติ (認可) ในระบบกฎหมายญี่ปุ่นนี้ หน่วยงานที่รับผิดชอบหาได้มีดุลพินิจเช่นเดียวกับคำสั่งอนุญาต (許可) ไม่ ดังนั้นหากผู้ยื่นคำร้องได้ดำเนินการครบถ้วนสมบูรณ์ตามเงื่อนไขหรือมาตรฐานที่กฎหมายได้กำหนดแล้ว หน่วยงานที่รับผิดชอบจะต้องมีคำสั่งอนุมัติ (認可) ในทันที ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติผู้ประกอบการแก๊ส^{๑๓๑} (ガス事業法) มาตรา ๑๗ วรรคแรก ซึ่งได้บัญญัติว่า “ในการกำหนดราคาแก๊สและเงื่อนไขการให้บริการนั้น ผู้ประกอบการกิจการแก๊สประเภทธรรมดาต้องได้รับคำสั่งอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเศรษฐกิจการค้าและ

^{๑๒๙} 法令用語辞典第八次改訂版、学陽書房、二〇〇一年、百六十五頁、五百九十六

^{๑๓๐} 都市計画法（昭和四十三年六月十五日法律第百号）

^{๑๓๑} ガス事業法（昭和二十九年三月三十一日法律第五十一号）

อุตสาหกรรมในการกำหนดสัญญาการให้บริการตามระเบียบกระทรวง...” และมาตรา ๑๗ วรรคสอง กำหนดไว้ว่า “รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเศรษฐกิจการค้าและอุตสาหกรรมต้องมีคำสั่งอนุมัติหากเห็นว่า คำร้องขออนุญาตในวรรคก่อนสอดคล้องกับ (เงื่อนไข) ในแต่ละอนุมาตรา (ดังต่อไปนี้)” จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติผู้ประกอบการการแก๊สมีใต้ให้ดุลพินิจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเศรษฐกิจการค้า และอุตสาหกรรมที่จะไม่อนุมัติคำร้องหากผู้ยื่นคำขอได้ดำเนินการครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในแต่ละอนุมาตราของมาตรา ๑๗ วรรคสองแล้ว

๒.๑.๓ การออกใบอนุญาต (免許) มีพื้นฐานมาจากหลักการเดียวกันกับ คำสั่งอนุญาตและคำสั่งอนุมัติข้างต้น กล่าวคือ เป็นการที่รัฐยินยอมให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดดำเนินการ ที่กฎหมายได้จำกัดสิทธิห้ามมิให้ดำเนินการไว้และเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่บุคคลนั้นในการดำเนินการ ตามคำร้องโดยไม่ขัดหรือฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติการธนาคาร (銀行法)^{๑๓๖} มาตรา ๔ ได้บัญญัติไว้ว่า “หากมิใช่ผู้ได้รับใบอนุญาตจากนายกรัฐมนตรี ห้ามมิให้ประกอบกิจการ การธนาคาร” ซึ่งหากฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน ๓ ปี หรือปรับไม่เกิน ๓ ล้านบาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติกิจการประกันสุขภาพ (保険業法)^{๑๓๗} มาตรา ๓ ที่กำหนดไว้ใน ลักษณะที่คล้ายกันว่า “หากมิใช่ผู้ได้รับใบอนุญาตจากนายกรัฐมนตรี ห้ามมิให้ประกอบกิจการประกัน สุขภาพ” และได้กำหนดโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนไว้ ให้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน ๓ ปี หรือปรับไม่เกิน ๓ ล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับตามมาตรา ๖๑ เช่นเดียวกัน

๒.๑.๔ การกำหนดให้เป็นผู้ดำเนินการ (指定) เป็นกรณีที่รัฐยินยอมให้ ผู้ยื่นคำร้องสามารถดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ในฐานะพิเศษยิ่งกว่าการออกคำสั่งอนุญาตทั่วไป ทั้งนี้ เนื่องจากการดำเนินการเช่นว่านั้นมีลักษณะเป็นการที่ผู้ยื่นคำร้องมีส่วนร่วมจัดทำบริการ สาธารณะจึงมีความจำเป็นที่จะต้องควบคุมมาตรฐานการดำเนินการเป็นพิเศษ ดังนั้น การกำหนดให้ ผู้ยื่นคำร้องเป็นผู้ดำเนินการ (指定) หน่วยงานผู้รับผิดชอบจะต้องพิจารณาถึงมาตรฐานของระบบ และความพร้อมของผู้ยื่นคำร้องเป็นสำคัญ ยกตัวอย่างเช่น ผู้ที่ประสงค์จะให้บริการเกี่ยวกับการพยาบาล จะต้องยื่นคำร้องขอให้กำหนดให้ตนเป็นผู้ดำเนินการ (指定) มีใ้การขออนุญาต (許可) หรือขออนุมัติ (認可) และหากหน่วยงานผู้รับผิดชอบพิจารณาแล้วเห็นสมควรให้ผู้ยื่นคำร้องนั้นดำเนินการกิจการ ดังกล่าวได้ หน่วยงานผู้รับผิดชอบจะมีคำสั่งกำหนดให้ผู้ยื่นคำร้องเป็นผู้ดำเนินการ (指定) ให้บริการ เกี่ยวกับการพยาบาลต่อไป โดยพระราชบัญญัติประกันภัยการดูแลระยะยาว (介護保険法)^{๑๓๘} กำหนดให้กรณีการให้บริการสถานที่เกี่ยวกับการพยาบาล เป็นต้นว่า การให้บริการหรือความ ช่วยเหลือเกี่ยวกับการพยาบาล การให้บริการเกี่ยวกับการพยาบาลในเชิงป้องกัน การให้บริการดูแล ผู้สูงอายุ ผู้ประสงค์จะดำเนินการให้บริการดังกล่าวจะต้องยื่นคำร้องต่อผู้ว่าราชการจังหวัดเพื่อให้มี คำสั่งกำหนดให้ผู้ยื่นคำร้องเป็นผู้ดำเนินการในการให้บริการดังกล่าวต่อไป

๒.๒ มาตรการควบคุมที่เคร่งครัดปานกลางและใช้เวลาปานกลาง ได้แก่ กรณี ที่หน่วยงานผู้รับผิดชอบได้กำหนดเงื่อนไขของการดำเนินการหรือข้อเท็จจริงบางประการไว้ล่วงหน้า เมื่อผู้ประสงค์จะดำเนินการได้ยื่นคำร้องขอดำเนินการ หน่วยงานผู้รับผิดชอบจะดำเนินการตรวจสอบ และพิจารณาว่าผู้ยื่นคำร้องได้ดำเนินการตามมาตรฐานหรือเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้หรือไม่ ซึ่งหาก

^{๑๓๖} 銀行法 (昭和五十六年六月一日法律第五十九号)

^{๑๓๗} 保険業法 (平成七年六月七日法律第五号)

^{๑๓๘} 介護保険法 (平成九年十二月十七日法律第二百三十三号)

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าเป็นไปตามเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้หน่วยงานผู้รับผิดชอบจะทำการรับรองการดำเนินการของผู้ยื่นคำร้องอย่างเป็นทางการในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งต่อไป ตัวอย่างของมาตรการประเภทนี้ ได้แก่ การรับรอง (認定) การตรวจสอบ (検査) การขึ้นทะเบียน (登録)

๒.๒.๑ การรับรอง (認定) ในระบบกฎหมายญี่ปุ่นหมายถึงการยืนยันในสิทธิโดยพิเคราะห์ถึงความมีอยู่ของความสัมพันธ์ทางกฎหมายหรือข้อเท็จจริงบางประการ^{๑๓๕} ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการรับรองเป็นองค์กรเพื่อสาธารณประโยชน์กรณีมูลนิธิและสมาคม (公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律) มาตรา ๔^{๑๓๖} ได้กำหนดให้ “มูลนิธิหรือสมาคมที่ดำเนินกิจการเพื่อสาธารณประโยชน์สามารถรับการรับรองจากหน่วยงานของรัฐได้” ซึ่งมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการรับรองเป็นองค์กรเพื่อสาธารณประโยชน์ฯ ดังกล่าวได้กำหนดเงื่อนไขของการรับรองการเป็นมูลนิธิหรือสมาคมเพื่อสาธารณประโยชน์ไว้ในอนุมาตรา (๑) ถึง (๑๘) และบัญญัติให้หน่วยงานของรัฐผู้รับผิดชอบให้การรับรองมูลนิธิหรือสมาคมที่ได้ยื่นคำร้องหากมูลนิธิหรือสมาคมที่ได้ยื่นคำร้องนั้นมีสภาพที่เป็นไปตามเงื่อนไขตามอนุมาตรา (๑) ถึง (๑๘)

๒.๒.๒ การตรวจสอบ (検査) อาจเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนการขออนุญาตในการประกอบกิจการบางประเภทหรืออาจเป็นการตรวจสอบภายหลังจากที่ได้รับอนุญาตแล้วเพื่อใช้เป็นเกณฑ์ในการรักษามาตรฐานของการดำเนินการนั้น ๆ แม้ว่าขั้นตอนการขออนุญาตและขั้นตอนการตรวจสอบอาจแยกได้จากกันเป็นคนละขั้นตอน แต่ด้วยความที่การตรวจสอบกับคำสั่งอนุญาตมีความสัมพันธ์กันอย่างยิ่งประกอบกับการตรวจสอบส่วนมากเป็นเงื่อนไขของคำสั่งอนุญาต ประเทศญี่ปุ่นจึงจัดให้การตรวจสอบอยู่ในมาตรการควบคุมที่เกี่ยวกับระบบอนุญาตประเภทที่ ๒ สำหรับตัวอย่างการตรวจสอบอันเป็นเงื่อนไขของคำสั่งอนุญาต ได้แก่ พระราชบัญญัติอาหารและอาชีวอนามัย (食品衛生法)^{๑๓๗} ซึ่งมาตรา ๕๒ ได้กำหนดให้ผู้ประกอบการร้านอาหารต้องได้รับอนุญาตจากผู้ว่าราชการจังหวัดเสียก่อนจึงจะดำเนินการได้ โดยมาตรา ๕๑ กำหนดให้แต่ละจังหวัดออกข้อบัญญัติเกี่ยวกับมาตรฐานการประกอบกิจการดังกล่าว ซึ่งในทางปฏิบัติพบว่าจะมีการกำหนดให้สถานอาหารในแต่ละท้องที่เป็นผู้ดำเนินการตรวจสอบมาตรฐานของผู้ยื่นคำร้องว่าเป็นไปตามที่กำหนดไว้หรือไม่ หากเป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดผู้ว่าราชการจังหวัดก็จะดำเนินการเพื่อมีคำสั่งอนุญาตต่อไป ส่วนตัวอย่างการตรวจสอบภายหลังจากคำสั่งอนุญาต ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบสัตว์ปีกที่ใช้เป็นอาหารและข้อบังคับผู้ประกอบการกำจัดสัตว์ปีก (食鳥処理の事業の規制及び食鳥検査に関する法律)^{๑๓๘} ซึ่งได้กำหนดในมาตรา ๑๕ ให้ “เมื่อผู้ประกอบการทำการกำจัดสัตว์ปีกจะต้องได้รับการตรวจสอบสภาพสัตว์ปีกก่อนทำการฆ่าหรือกำจัดจากผู้ว่าราชการจังหวัด” โดยการตรวจสอบในที่นี้เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการกำจัดสัตว์ปีกอยู่แล้ว แต่ระหว่างการประกอบกิจการนั้นผู้ประกอบการก็ยังคงอยู่ในบังคับที่จะต้องได้รับการตรวจสอบจากหน่วยงานผู้รับผิดชอบว่าเป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดหรือไม่ ซึ่งหากปรากฏว่ามีได้เป็นไปตามเกณฑ์มาตรฐานก็อาจเป็นเหตุให้เพิกถอนคำสั่งอนุญาตหรืออาจเป็นปัจจัยประกอบดุลพินิจไม่ให้ออกใบอนุญาตได้ต่อไป

^{๑๓๕} 法律用語辞典 第三版 (有斐閣)

^{๑๓๖} 公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律 (平成十八年法律第四十九号)

^{๑๓๗} 食品衛生法 (昭和二十二年十二月二十四日法律第二百三十三号)

^{๑๓๘} 食鳥処理の事業の規制及び食鳥検査に関する法律 (平成二年六月二十九日法律第七十号)

๒.๒.๓ การขึ้นทะเบียน (登録) เป็นเงื่อนไขการดำเนินการบางประเภทที่กฎหมายได้กำหนดให้ผู้ประกอบการต้องได้รับการบันทึกรายละเอียดของกิจการที่ตนประสงค์จะดำเนินการในระบบสารบรรณทะเบียนของหน่วยงานที่รับผิดชอบ ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติกิจการให้กู้ยืมเงิน (貸金業法)^{๑๓๙} มาตรา ๓ วรรคแรก ได้บัญญัติให้ “ผู้ประสงค์จะประกอบกิจการให้กู้ยืมเงินในเขตจังหวัดเดียวต้องมีการขึ้นทะเบียนต่อผู้ว่าราชการจังหวัดของเขตจังหวัดอันเป็นที่ตั้งแห่งสถานประกอบการหรือสำนักงานของสถานประกอบการนั้น หากผู้ประสงค์จะประกอบกิจการให้กู้ยืมเงินในเขตจังหวัดตั้งแต่สองจังหวัดขึ้นไปหรือมากกว่านั้นต้องมีการขึ้นทะเบียนต่อนายกรัฐมนตรี” ซึ่งหากฝ่าฝืนดำเนินการโดยปราศจากการลงทะเบียนจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน ๑๐ ปี ปรับไม่เกิน ๓๐ ล้านเยน หรือทั้งจำทั้งปรับสำหรับบุคคลธรรมดา และปรับไม่เกิน ๑๐๐ ล้านเยนสำหรับนิติบุคคลตามมาตรา ๔๗ ถึงมาตรา ๕๒

๒.๓ มาตรการควบคุมที่เคร่งครัดน้อยและใช้เวลาสั้น ได้แก่ มาตรการควบคุมที่กำหนดให้ผู้ยื่นคำร้องดำเนินการจดทะเบียนแจ้งข้อเท็จจริงหรือรายละเอียดบางประการต่อหน่วยงานของรัฐผู้รับผิดชอบ ซึ่งหน่วยงานของรัฐผู้รับผิดชอบมีหน้าที่เพียงยืนยันความครบถ้วนของรายการที่ผู้ยื่นคำร้องได้ทำการจดทะเบียนเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น การแจ้ง (届出) การรายงานผล (報告) เป็นต้น

๒.๓.๑ การแจ้ง (届出) เป็นมาตรการควบคุมที่ใช้ในกรณีที่มีการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดมิได้เป็นการต้องห้ามหรือขัดต่อกฎหมายโดยตรง แต่อาจมีความเป็นไปได้ว่าการนั้นอาจมีผลกระทบต่อสาธารณะในระดับที่ไม่มากถึงขนาดที่จำเป็นต้องใช้มาตรการประเภทที่ ๑ หรือ ๒ หน่วยงานผู้รับผิดชอบจึงอาจกำหนดให้ผู้ประสงค์จะดำเนินการทำการแจ้งก่อนดำเนินการ (事前届出) หรือแจ้งหลังดำเนินการ (事後届出) ได้ แล้วแต่กรณี ยกตัวอย่างเช่น มาตรา ๑๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด (私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律)^{๑๔๐} บัญญัติให้ “... (กรณีที่เกี่ยวข้องตามวรรคนี้) ให้จดทะเบียนแผนการซื้อขายหุ้นต่อคณะกรรมการการค้ายุติธรรม (ก่อนดำเนินการ) ตามระเบียบข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง ...” หรือ มาตรา ๓๘/๒ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยกิจการโทรคมนาคม (電気通信事業法)^{๑๔๑} ที่กำหนดให้ “ผู้ประกอบการโทรคมนาคมที่ติดตั้งอุปกรณ์โทรคมนาคมประเภทที่หนึ่งและประเภทที่สอง ... หากเริ่มการให้บริการโทรคมนาคมแก่ผู้ประกอบการโทรคมนาคมอื่นให้แจ้ง (หลังดำเนินการ) ต่อนายกรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการภายในและการสื่อสารตามระเบียบกระทรวงกิจการภายในและการสื่อสารโดยไม่ชักช้า”

๒.๓.๒ การรายงาน (報告) มีลักษณะคล้ายคลึงกับการแจ้ง (届出) แต่แตกต่างกันที่การรายงาน (報告) อาจไม่มีการกำหนดให้ต้องทำในรูปแบบอย่างเป็นทางการดังเช่นการแจ้ง (届出) ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติผู้ประกอบการซื้อขายตราสารทางการเงิน (金融商品取引法)^{๑๔๒} มาตรา ๔๖ วรรคสาม (๑) ที่กำหนดให้ “ผู้ประกอบการซื้อขายตราสารทางการเงินต้องทำรายงานการดำเนินงานตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องเพื่อเสนอต่อนายกรัฐมนตรีภายในสามเดือนนับแต่สิ้นรอบบัญชีของปีนั้น ๆ” เพื่อควบคุมและใช้ประกอบการพิจารณาต่อทะเบียนต่อไป

^{๑๓๙} 貸金業法 (昭和五十八年五月十三日法律第三十二号)

^{๑๔๐} 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律 (昭和二十二年法律第五十四号)

^{๑๔๑} 電気通信事業法 (昭和五十九年十二月二十五日法律第八十六号)

^{๑๔๒} 金融商品取引法 (昭和三十二年四月十三日法律第二十五号)

ตารางสรุปมาตรการควบคุมในระบบกฎหมายญี่ปุ่น โดยจำแนกประเภทตามความเคร่งครัดและระยะเวลาดำเนินการ			
ประเภท	ตัวอย่างมาตรการควบคุม	ความเคร่งครัด	ระยะเวลา ดำเนินการ
ประเภทที่ ๑	คำสั่งอนุญาต (許可) คำสั่งอนุมัติ (認可) การออกใบอนุญาต (免許) การกำหนดให้เป็นผู้ดำเนินการ (指定)	ความเคร่งครัด สูง	ใช้เวลายาว มาก
ประเภทที่ ๒	การรับรอง (認定) การตรวจสอบ (検査) การขึ้นทะเบียน (登録)	ความเคร่งครัด ปานกลาง	ใช้เวลายาว ปานกลาง
ประเภทที่ ๓	การแจ้ง (届出) การรายงาน (報告)	ความเคร่งครัด ต่ำ	ใช้เวลายาว น้อย

กล่าวโดยสรุป มาตรการควบคุมในระบบกฎหมายญี่ปุ่นนั้น ไม่สามารถระบุได้อย่างแน่นอนว่าต้องนำไปใช้กับกิจการประเภทใดโดยตายตัว แต่อาจจำแนกลักษณะได้ดังนี้ **ประเภทที่ ๑** เป็นประเภทที่มีความเคร่งครัดมากและใช้เวลานานที่สุด มักนำไปใช้ควบคุมการประกอบกิจการที่มีผลกระทบต่อสังคมสูงหรือต้องห้ามตามกฎหมาย เช่น การให้บริการเกี่ยวกับสุขภาพ ธุรกิจเกี่ยวกับการธนาคารและการเงินบางประเภท **ประเภทที่ ๒** มีความเคร่งครัดปานกลางและใช้เวลาน้อยกว่า มักใช้กับกรณีที่มีผลกระทบต่อสังคมพอสมควรแต่ยังไม่ถึงระดับสูงเช่นกรณีแรก เช่น การรับรองสถานะนิติบุคคลบางประเภท การขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการให้กู้ยืมเงิน **ประเภทที่ ๓** มีความเคร่งครัดน้อยและใช้เวลาน้อยที่สุดมักถูกนำไปใช้กับกรณีที่มีผลกระทบต่อสังคมน้อยแต่มีความสำคัญต่อการบริหารจัดการที่ดีและป้องกันหรือแก้ไขปัญหที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้อย่างเหมาะสม เช่น การซื้อขายตราสารทางการเงินบางประเภท เป็นต้น

ตัวอย่างมาตรการควบคุมที่ใช้กับกิจการต่าง ๆ ในประเทศญี่ปุ่น		
กฎหมายที่เกี่ยวข้อง	ประเภทของการดำเนินการ	มาตรการควบคุม
พระราชบัญญัติว่าด้วยการขายผ่อนชำระ (割賦販売法) ^{๑๔๓}	การซื้อแบบผ่อนชำระโดยอาศัยคนกลาง	การขึ้นทะเบียน
	กิจการการขายผ่อนชำระอันมีลักษณะเป็นการจ่ายเงินล่วงหน้า	คำสั่งอนุญาต
	กิจการซื้อขายอย่างเฉพาะเจาะจงอันมีลักษณะเป็นการจ่ายเงินล่วงหน้า	คำสั่งอนุญาต
พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้กู้ยืมเงิน (貸金業法) ^{๑๔๔}	การประกอบกิจการให้กู้ยืมเงิน	การขึ้นทะเบียน
พระราชบัญญัติว่าด้วยการธนาคาร (銀行法) ^{๑๔๕}	การประกอบกิจการธนาคาร	ใบอนุญาต
พระราชบัญญัติว่าด้วยการประกันสุขภาพ (保険業法) ^{๑๔๖}	การประกอบกิจการรับประกันสุขภาพ	ใบอนุญาต
พระราชบัญญัติว่าด้วยกิจการเงินทุนหลักทรัพย์ (信託業法) ^{๑๔๗}	การประกอบกิจการเงินทุนหลักทรัพย์	ใบอนุญาต
	การประกอบกิจการเงินทุนหลักทรัพย์ประเภทจัดการเงินทุน	การขึ้นทะเบียน (ต่อทุก ๓ ปี)
พระราชบัญญัติว่าด้วยกิจการการท่องเที่ยว (旅行業法) ^{๑๔๘}	การประกอบกิจการการท่องเที่ยว หรือเป็นผู้แทนของผู้ประกอบกิจการการท่องเที่ยว	การขึ้นทะเบียน (ต่อทุก ๕ ปี)
พระราชบัญญัติว่าด้วยนายหน้าซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ (宅地建物取引業法) ^{๑๔๙}	การประกอบกิจการการเป็นนายหน้าซื้อขายอสังหาริมทรัพย์	ใบอนุญาต (ต่อทุก ๕ ปี)
พระราชบัญญัติว่าด้วยสถานที่ซื้อขายสินค้า (商品先物取引法) ^{๑๕๐}	การเป็นผู้ประกอบการสถานที่ซื้อขายสินค้า	คำสั่งอนุญาต
พระราชบัญญัติว่าด้วยผู้ประกอบการกิจการซื้อขายตราสารทางการเงิน (金融商品取引法) ^{๑๕๑}	การเป็นผู้ประกอบการกิจการซื้อขายตราสารทางการเงิน	การขึ้นทะเบียน

^{๑๔๓} 割賦販売法 (昭和三十六年七月一日法律第五十九号)

^{๑๔๔} 貸金業法 (昭和五十八年五月十三日法律第三十二号)

^{๑๔๕} 銀行法 (昭和三十六年六月一日法律第五十九号)

^{๑๔๖} 保険業法 (平成七年六月七日法律第五号)

^{๑๔๗} 信託業法 (平成十六年十二月三日法律第五十四号)

^{๑๔๘} 旅行業法 (昭和三十七年七月十八日法律第二百三十九号)

^{๑๔๙} 宅地建物取引業法 (昭和三十七年六月十日法律第七十六号)

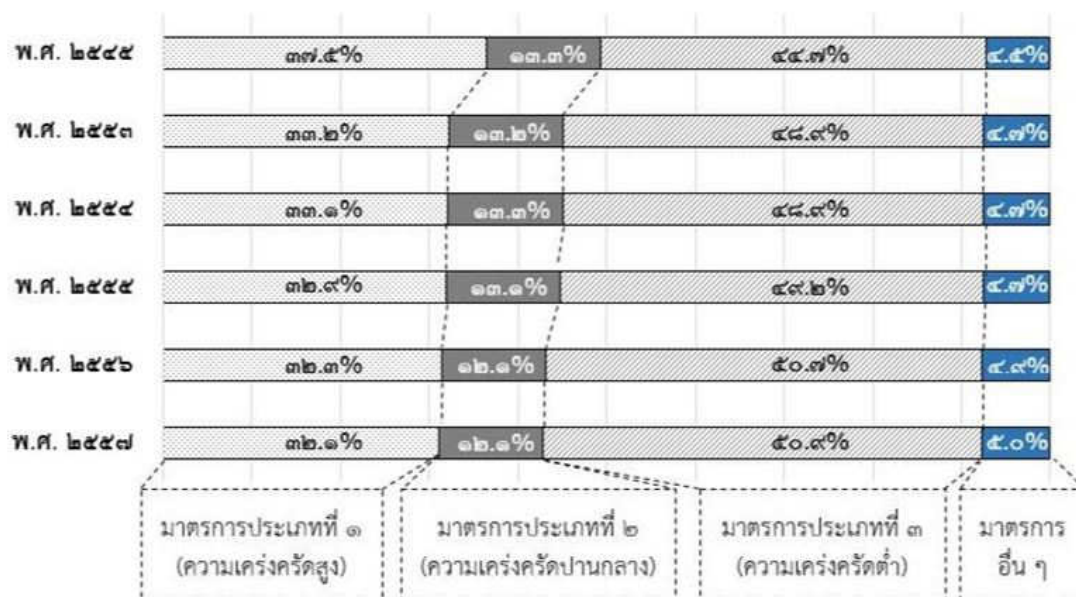
^{๑๕๐} 商品先物取引法 (昭和三十五年八月五日法律第二百三十九号)

^{๑๕๑} 金融商品取引法 (昭和三十二年四月十三日法律第二十五号)

๓. แนวทางการผ่อนปรนมาตรการควบคุมตามกฎหมาย

ประเทศญี่ปุ่นได้มีการริเริ่มให้ผ่อนปรนความเคร่งครัดของระบบอนุญาตครั้งแรกในช่วงปีโชวะที่ ๖๐ (พ.ศ. ๒๕๒๘) โดยการผ่อนปรนความเคร่งครัดนี้เป็นส่วนหนึ่งของนโยบายปฏิรูปการบริหาร (行政改革) ซึ่งในการประชุมของคณะกรรมการที่เกี่ยวข้อง ได้มีมติว่าเนื่องจากมาตรการควบคุมของรัฐมีจำนวนมาก จึงไม่สามารถพิจารณาได้ตลอดทุกมาตรการ จึงเห็นควรพิจารณาผ่อนปรนมาตรการเฉพาะกิจการที่มีความสำคัญที่สุด ๑๐ ประเภทก่อน อาทิเช่น การเงิน การขนส่ง พลังงาน การผังเมือง เป็นต้น และเมื่อนโยบายการผ่อนปรนในช่วงแรกเป็นไปได้ด้วยดี ต่อมาจึงได้มีการขยายการผ่อนปรนไปสู่กิจการในภาคส่วนอื่น ๆ ซึ่งมีผลทำให้จำนวนมาตรการควบคุมในประเภทที่ ๑ (ความเคร่งครัดสูงและใช้เวลามาก) ลดจำนวนลง และจำนวนมาตรการควบคุมประเภทที่ ๒ (ความเคร่งครัดปานกลางและใช้เวลาปานกลาง) และประเภทที่ ๓ (ความเคร่งครัดต่ำและใช้น้อย) เพิ่มขึ้น ดังจะเห็นได้จากแผนภูมิแสดงการเปลี่ยนแปลงจำนวนมาตรการควบคุมในประเทศญี่ปุ่น ตั้งแต่ปีเฮซุที่ ๑๔ (พ.ศ. ๒๕๔๕) ถึงปีเฮซุที่ ๒๖ (พ.ศ. ๒๕๕๗)^{๑๕๖}

แผนภูมิแสดงการเปลี่ยนแปลงจำนวนมาตรการควบคุมในประเทศญี่ปุ่น
(อ้างอิงจาก 許認可等の統一の把握の結果について平成二十八年四月総務省行政評価局)



นับแต่ระยะแรกของนโยบายการผ่อนปรนจนถึงปัจจุบัน ประเทศญี่ปุ่นได้นำหลากหลายแนวทางมาใช้เพื่อผ่อนปรนความเคร่งครัดของมาตรการควบคุมอันเกี่ยวเนื่องกับระบบอนุญาต ดังนี้ **แนวทางที่ ๑** แก้ไขหรือยกเลิกมาตรการควบคุมที่มีความเคร่งครัดสูงและใช้เวลานาน และนำมาตรการควบคุมที่มีความเคร่งครัดและใช้น้อยกว่ามาบังคับใช้แทน **แนวทางที่ ๒** ลดดุลพินิจและการแทรกแซงจากภาครัฐโดยการให้ภาคส่วนเอกชนเข้ามามีบทบาทในการควบคุมแทนหรือร่วมกับรัฐ **แนวทางที่ ๓** ลดขั้นตอน อำนาจความสะดวก และสร้างความชัดเจนในกระบวนการขออนุญาต^{๑๕๗}

^{๑๕๖} 許認可等の統一の把握の結果について 平成二十八年四月 総務省行政評価局

^{๑๕๗} 行政改革に関する第二次答申 臨時行政調査会 一九八二年二月十日

๓.๑ **แนวทางที่ ๑** แก้ไขหรือยกเลิกมาตรการควบคุมที่มีความเคร่งครัดมากและใช้เวลานานและนำมาตราการควบคุมที่มีความเคร่งครัดและใช้เวลาน้อยกว่ามาบังคับใช้แทน โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าควรลดความเคร่งครัดหรือไม่ ดังนี้

(๑) ความจำเป็นในการบังคับใช้มาตรการควบคุมนั้นได้หมดลงเนื่องจากความเปลี่ยนแปลงทางสภาพเศรษฐกิจและสังคม

(๒) มาตรการควบคุมนั้นมีประสิทธิภาพต่ำเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างภาระหน้าที่ที่ซึ่งรัฐและผู้ยื่นคำร้องจะต้องแบกรับ

(๓) มาตรการควบคุมนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ที่มีความเป็นรูปธรรมต่ำหรือปรากฏว่ามีมาตรการควบคุมอื่นที่มีกลไกรักษาประโยชน์นั้นบังคับใช้อยู่ในขณะนั้นแล้ว

ทั้งนี้ จากการตรวจสอบพบการแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายเพื่อลดความเคร่งครัดของมาตรการควบคุมในประเทศญี่ปุ่น ดังนี้

ตัวอย่างการลดความเคร่งครัดของมาตรการควบคุมที่ใช้กับกิจการต่าง ๆ ในประเทศญี่ปุ่น			
กฎหมายที่เกี่ยวข้อง	ประเภทของการดำเนินการ	ก่อนแก้ไข	หลังแก้ไข
พระราชบัญญัติว่าด้วยการซื้อขายสินทรัพย์ทางการเงิน (金融先物取引法) ^{๑๕๔}	การเป็นผู้ประกอบกิจการซื้อขายสินทรัพย์ทางการเงิน	คำสั่งอนุญาต	การขึ้นทะเบียน
พระราชบัญญัติว่าด้วยกิจการโทรคมนาคม (電気通信事業法) ^{๑๕๕}	การเป็นผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคม	คำสั่งอนุญาต	การขึ้นทะเบียนและการแจ้ง
พระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันภาวะพิการอันเกิดจากรังสีแกมมาและรังสี (放射性同位元素等による放射線障害の防止に関する法律) ^{๑๕๖}	การเป็นผู้ประกอบกิจการซื้อขายหรือให้เช่าซึ่งรังสีแกมมาและรังสี	คำสั่งอนุญาต	การแจ้ง
พระราชบัญญัติว่าด้วยกิจการแก๊ส (ガス事業法) ^{๑๕๗}	การเป็นผู้ประกอบกิจการให้บริการแก๊สชนิดท่อใหญ่	คำสั่งอนุญาต	การขึ้นทะเบียน
พระราชบัญญัติว่าด้วยกิจการขนส่งทางทะเลส่วนใน (内航海運業法) ^{๑๕๘}	การเป็นผู้ประกอบกิจการขนส่งในบริเวณทะเลส่วนใน	คำสั่งอนุญาต	การขึ้นทะเบียน

^{๑๕๔} 金融先物取引法 (昭和六十三年五月三十一日法律第七十七号)

^{๑๕๕} 電気通信事業法 (昭和五十九年十二月二十五日法律第八十六号)

^{๑๕๖} 放射性同位元素等による放射線障害の防止に関する法律 (昭和三十二年六月十日法律第六十七号)

^{๑๕๗} ガス事業法 (昭和二十九年三月三十一日法律第五十一号)

^{๑๕๘} 内航海運業法 (昭和二十七年五月二十七日法律第五十一号)

๓.๒ แนวทางที่ ๒ ลดดุลพินิจและการแทรกแซงจากภาครัฐโดยการให้ภาคส่วน เอกชนเข้ามามีบทบาทในการควบคุมร่วมหรือแทนที่ภาครัฐ โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

(๑) มาตรการควบคุมนั้นไม่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจของรัฐซึ่งไม่สามารถมอบ อำนาจให้เอกชนกระทำได้

(๒) การมอบอำนาจให้เอกชนกระทำการแทนรัฐจะเป็นการลดภาระที่รัฐต้อง แบกรับ อีกทั้งจะมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับความต้องการทางเศรษฐกิจและสังคมมากกว่า การที่รัฐต้องดำเนินการเอง

๓.๓ แนวทางที่ ๓ การลดขั้นตอน อำนวยความสะดวก และสร้างความชัดเจน ในกระบวนการขออนุญาต เป็นมาตรการเสริมซึ่งสามารถนำไปปรับใช้ได้กับทุกกรณี ซึ่งแม้ว่าแนวทางนี้ จะมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับการแก้ไขหรือยกเลิกตัวบทกฎหมาย และมีลักษณะเป็นแนวทางในเชิงปฏิบัติที่แต่ละหน่วยงานจะต้องร่วมมือกันในการให้บริการประชาชนเสียมากกว่าที่ส่วนกลางจะ สอดส่องดูแลได้ทั้งหมด แต่จากการตรวจสอบความเห็นของประชาชนพบว่า การลดขั้นตอน อำนวย ความสะดวก และสร้างความชัดเจนของกระบวนการขออนุญาต มีผลกระทบโดยตรงต่อความรู้สึก ของประชาชนที่มีต่อภาพลักษณ์ของการให้บริการของรัฐ ดังนั้น การลดขั้นตอนที่ไม่จำเป็น อำนวย ความสะดวก และสร้างความชัดเจนในกระบวนการขออนุญาต จึงเป็นอีกแนวทางหนึ่งที่มีความสำคัญ ในการพิจารณาปรับปรุงระบบอนุญาตต่อไป

บทที่ ๗ การใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในประเทศอื่น *

นอกจากฝรั่งเศส อิตาลี สวิตเซอร์แลนด์ เยอรมัน สหรัฐอเมริกา และญี่ปุ่นแล้ว ยังมีประเทศอื่น ๆ ที่ภาครัฐพยายามลด-เลิกการใช้ระบบอนุญาตและใช้มาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตหรือปรับปรุงระบบอนุญาตให้มีขั้นตอนที่สะดวกรวดเร็วยิ่งขึ้น ทั้งนี้ โดยที่ข้อมูลในส่วนของประเทศอื่น ๆ นี้มีอยู่ค่อนข้างจำกัด จึงขอสรุปแนวคิดและการดำเนินการของแต่ละประเทศในภาพรวมเท่านั้น

๑. เบลเยียม

ในปี ค.ศ. ๒๐๐๐ ได้มีการสำรวจขั้นตอนการอนุญาตทั้งหมดสำหรับการประกอบธุรกิจว่ามีอยู่จำนวนเท่าใด จากนั้นสำนักงานเพื่อการลดความซับซ้อนของระบบราชการ (Agence pour la simplification administrative - ASA) ได้ศึกษาแนวทางในการยุบรวมขั้นตอนต่าง ๆ ให้เหลือเพียงขั้นตอนเดียวสำหรับผู้ประกอบธุรกิจแต่ละประเภท ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวต้องอาศัยการประสานงานอย่างใกล้ชิดระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศที่มีประสิทธิภาพ และจำเป็นต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง หรือบางกรณีต้องมีการปรับโครงสร้างองค์กรของหน่วยงานของรัฐด้วย โดยขั้นตอนใหม่นี้เรียกว่า “ระบบแจ้งทางอิเล็กทรอนิกส์แบบเดียวสำหรับผู้เริ่มประกอบธุรกิจ”(Déclaration électronique unique des starters - DEUS) ที่เริ่มใช้กับการประกอบธุรกิจบางประเภทแล้ว^{๑๕๙}

๒. เนเธอร์แลนด์

รัฐบาลมีนโยบายทำให้ระบบอนุญาตมีความเป็นเหตุเป็นผล (rationalisation des autorisations) โดยมีแนวคิดว่าการสอดส่องดูแลการกระทำของบุคคลผ่านกฎหมายทั้งหมดนั้น ดีกว่าการควบคุมก่อนหน้าในเชิงป้องกัน กรณีจึงควรกำหนดให้บุคคลแจ้งการดำเนินการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งมากกว่าที่จะกำหนดให้ขออนุญาตจากทางราชการ โดยระบบอนุญาตชอบที่จะนำมาใช้เฉพาะกรณีที่ (๑) มีความจำเป็นต้องกำหนดให้การกระทำนั้นอยู่ภายใต้กฎหมายเฉพาะเรื่องเพื่อประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบ หรือ (๒) คุณค่าที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองมีความสำคัญถึงขนาดที่ต้องมีการพิจารณาอนุญาตให้บุคคลกระทำการในเรื่องนั้น ๆ เป็นรายกรณีไป ในลักษณะที่เป็นข้อยกเว้นต่อข้อห้ามมิให้กระทำการ ทั้งนี้ ศาลบัญชี (Algemene Rekenkamer) ได้ตรวจสอบระบบอนุญาตของกระทรวงต่าง ๆ กว่า ๕๐๐ กระบวนงานแล้ว มีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการทบทวนการใช้ระบบอนุญาต การใช้ตัวชี้วัดผลสัมฤทธิ์ของระบบอนุญาต การจัดเก็บค่าธรรมเนียมสำหรับหน่วยงานของรัฐ การกำหนดเงื่อนไขประกอบการอนุญาต รวมทั้งหลักประกันเกี่ยวกับความซื่อตรงของเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาอนุญาต^{๑๖๐}

* โดย นายศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์ หัวหน้าคณะทำงานศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย

^{๑๕๙} OCDE, Éliminer la paperasserie – la simplification administrative dans les pays de l’OCDE, (Édition de l’OCDE : Paris, 2003), p. 41.

^{๑๖๐} OCDE, เพิ่งอ้าง, p. 260.

๓. โปแลนด์

ภาครัฐมีนโยบายลดความซับซ้อนของระบบอนุญาต โดยในปี ค.ศ. ๑๙๙๙ ได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยกิจกรรมทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เพื่อทบทวนความจำเป็นของระบบอนุญาต โดยกำหนดเรื่องที่เหมาะสมจะใช้ระบบอนุญาต ทำให้สามารถลดเรื่องที่ใช้ระบบอนุญาตจากเดิมที่มีอยู่ ๓๐ กระบวนงานเหลือเพียง ๘ กระบวนงาน^{๑๖๑} ต่อมาในปี ค.ศ. ๒๐๐๔ ได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยเสรีภาพประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจ โดยลดจำนวนใบอนุญาตตามกฎหมายและใช้การขึ้นทะเบียนแทน พร้อมทั้งปรับปรุงระบบการขึ้นทะเบียนให้เรียบง่ายและใช้เวลาอันน้อยลงด้วยระบบฐานข้อมูลผู้ประกอบการแบบบูรณาการ การใช้ระบบหมายเลขประจำตัวผู้ประกอบการธุรกิจหมายเลขเดียวสำหรับการประกอบกิจการทุกประเภท และการใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์^{๑๖๒} และล่าสุดได้มีการจัดทำกฎหมายว่าด้วยการลดขั้นตอนของทางราชการที่เป็นอุปสรรคสำหรับประชาชนและผู้ประกอบการ หรือที่เรียกกันว่า “Deregulation Act” กฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อลดขั้นตอนที่เป็นภาระแก่การประกอบกิจการของเอกชน แต่ขณะเดียวกันก็คุ้มครองคุณค่าพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ตามแนวคิดที่ว่ารัฐชอบที่จะแทรกแซงกิจการต่าง ๆ ได้หากมีเหตุผลความจำเป็นในการคุ้มครองความปลอดภัย ชีวิต และสุขภาพของบุคคล หรือสิ่งแวดล้อม แต่ทั้งนี้จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ประกอบการด้วย โดยมาตรการสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายนี้ คือ การจำกัดจำนวนมาตรการควบคุมของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นใบอนุญาต การขึ้นทะเบียน หรือการเห็นชอบให้ประกอบกิจการ^{๑๖๓} ปัจจุบันได้มีการตรา Deregulation Act ออกมาใช้บังคับแล้วรวมทั้งสิ้น ๔ ฉบับ ในปี ค.ศ. ๒๐๑๑, ๒๐๑๒, ๒๐๑๓ และ ๒๐๑๕

๔. จอร์เจีย

สาธารณรัฐจอร์เจียเป็นประเทศเล็ก ๆ ตั้งอยู่ใกล้ทะเลดำ มีพรมแดนติดกับรัสเซีย ตุรกี อาเซอร์ไบจาน และอาร์เมเนีย เดิมเคยเป็นส่วนหนึ่งของสหภาพโซเวียตก่อนที่จะแยกตัวเป็นประเทศเอกราชเมื่อปี ค.ศ. ๑๙๙๑ จอร์เจียเคยประสบปัญหาการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย เพราะมีการใช้ระบบอนุญาตในเรื่องต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก ทั้งขั้นตอนการอนุญาตก็มีความซับซ้อนและใช้เวลานาน ซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจของภาคเอกชน เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ในปี ค.ศ. ๒๐๐๕ จึงมีการตรากฎหมายว่าด้วยการอนุญาตของทางราชการ (Law on Licenses and Permits)^{๑๖๔} กฎหมายฉบับดังกล่าวเป็น “กฎหมายกลาง” ที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาตของทางราชการไว้อย่างสมบูรณ์ โดยระบุถึงการอนุญาตประเภทต่าง ๆ และในเรื่องต่าง ๆ ไว้ทั้งหมด โดยในการนี้ ได้มีการบัญญัติให้ยกเลิกระบบอนุญาตในเรื่องที่ไม่มีความจำเป็น ทำให้ระบบอนุญาตตามกฎหมายต่าง ๆ

^{๑๖๑}OCDE, เฟิ่งอ้าง, p. 41.

^{๑๖๒}OCDE, *Éliminer la paperasserie – Des stratégies nationales pour simplifier les formalités administratives*, (Édition de l’OCDE : Paris, 2006), p. 87.

^{๑๖๓}OECD, *Administrative Simplification in Poland : Making Policies Perform, Cutting Red Tapes*, (OECD Publishing : Paris, 2011), pp. 45 – 46.

^{๑๖๔}สำหรับคำแปลภาษาอังกฤษของกฎหมายฉบับนี้ โปรดดู

http://www.economy.ge/uploads/kanonmdebloba/sagareo_vachroba/Licenses_and_Permits_Legislation_ENG.pdf

เหลือเพียง ๑๕๕ เรื่อง จากเดิมที่เคยมีถึง ๙๐๙ เรื่อง^{๑๖๕} นอกจากนี้ ยังได้วางหลักทั่วไปเกี่ยวกับการอนุญาต ทั้งการยื่นเอกสารต่อเจ้าหน้าที่ ขั้นตอนการพิจารณาอนุญาต การมีคำสั่งปฏิเสธไม่อนุญาต และการอุทธรณ์คำสั่ง การตรวจสอบการปฏิบัติตามเงื่อนไขของการอนุญาต การยกเลิกเพิกถอนการอนุญาต การให้บริการแบบจุดเดียวเบ็ดเสร็จ ฯลฯ รวมทั้งกำหนดกลไก “การอนุญาตโดยปริยาย” โดยกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้มีคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ให้ถือว่ามีการอนุญาตตามคำขอ (สามสิบวันนับแต่ได้รับคำขอสำหรับ “License” (มาตรา ๑๐ วรรคสี่เบ็ดเสร็จ) และสี่สิบวันนับแต่ได้รับคำขอสำหรับ “Permit” (มาตรา ๒๖ วรรคสี่)) นอกจากกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตของทางราชการแล้ว ยังได้มีการออก Resolution ๑๔๐ on the Terms and Conditions of Issuing Construction Permits ลงวันที่ ๑๑ สิงหาคม ค.ศ. ๒๐๐๕ เพื่อปรับปรุงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร โดยยกเลิกขั้นตอนการอนุญาตสำหรับการก่อสร้างบางประเภท รวมทั้งลดขั้นตอนต่าง ๆ ในการอนุญาต และค่าใช้จ่ายสำหรับผู้ขออนุญาต ดังนี้ การก่อสร้างอาคารที่มีขนาดไม่เกิน ๑๐๐ ลูกบาศก์เมตร ก็ไม่อยู่ภายใต้บังคับต้องขออนุญาตอีกต่อไป หรือการขออนุญาตก่อสร้างคลังสินค้าก็มีขั้นตอนลดลงจาก ๒๙ ขั้นตอน เหลือ ๑๗ ขั้นตอน และใช้เวลาลดลงจาก ๒๗๕ วัน เหลือเพียง ๑๓๗ วัน ขณะเดียวกัน ได้มีการเพิ่มจำนวนเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบเกี่ยวกับการอนุญาตก่อสร้างอาคาร จากเดิมที่มีอยู่ ๑๕-๒๐ คน เพิ่มเป็น ๓๐๐-๔๐๐ คน ทำให้การอนุญาตก่อสร้างอาคารในกรุงทบิลีซี เมืองหลวงของจอร์เจีย เพิ่มขึ้นจาก ๔๖๓,๐๐๐ ครั้งในปี ค.ศ. ๒๐๐๔ เป็น ๒,๑๗๕,๐๐๐ ครั้งในปี ค.ศ. ๒๐๐๖ และสัดส่วนของภาคก่อสร้างในผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ (GDP) เพิ่มขึ้นจากร้อยละ ๓.๗ ในปี ค.ศ. ๒๐๐๐ เป็นร้อยละ ๙ ในปี ค.ศ. ๒๐๐๖^{๑๖๖} มาตรการทางกฎหมายทั้งหมดข้างต้นนี้ทำให้การประกอบธุรกิจของภาคเอกชนมีความสะดวกเร็วยิ่งขึ้น ส่งผลให้อันดับความง่ายในการประกอบธุรกิจของจอร์เจียตามรายงาน Doing Business ดีขึ้นอย่างก้าวกระโดด จากเดิมที่เคยอยู่ในอันดับที่ ๑๐๐ จาก ๑๕๕ ประเทศในปี ค.ศ. ๒๐๐๖ ก็ขยับขึ้นมาเป็นอันดับที่ ๘ จาก ๑๘๙ ประเทศในปี ค.ศ. ๒๐๑๔^{๑๖๗}

๕. เม็กซิโก

รัฐบาลได้จัดทำ “ระบบการจัดตั้งบริษัทแบบรวดเร็ว”(Sistema de Apertura Rapida de Empresas - SARE) เพื่อลดขั้นตอนของทางราชการสำหรับการเปิดประกอบกิจการที่มีความเสี่ยงต่ำ โดยผู้ประกอบการที่เป็นบุคคลธรรมดาเพียงแต่ขึ้นทะเบียนผู้เสียภาษีอากร ส่วนนิติบุคคลต้องขึ้นทะเบียนผู้เสียภาษีอากรและจดทะเบียนบริษัท ระบบนี้ช่วยให้ผู้ประกอบการสามารถเริ่มประกอบกิจการได้ภายในเวลาเพียงหนึ่งวัน ส่วนเอกสารหลักฐานอื่น ๆ ที่กฎหมายกำหนดให้ยื่นต่อทางราชการ สามารถนำมายื่นเพิ่มเติมในภายหลังได้ภายในสามเดือนนับแต่วันเริ่มประกอบกิจการ

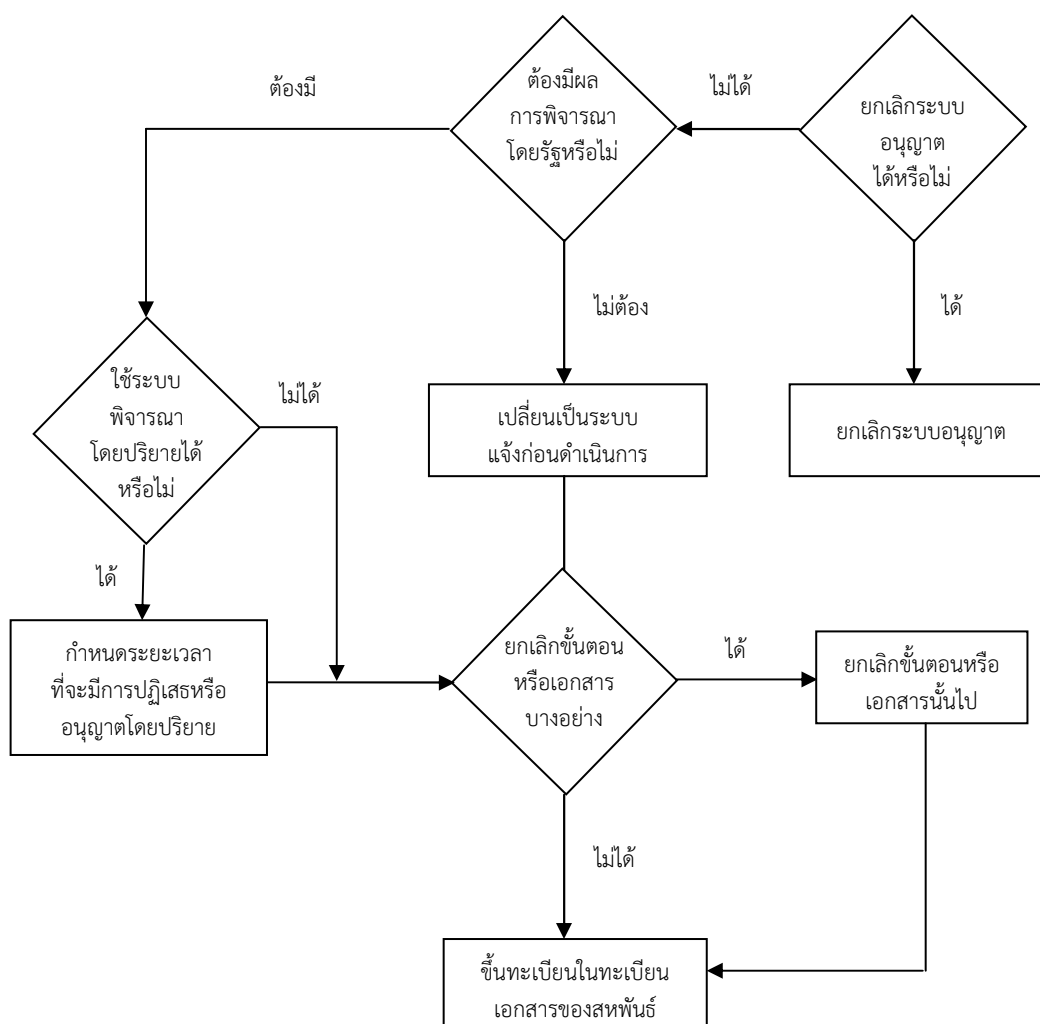
^{๑๖๕} ในกระบวนการจัดทำกฎหมายดังกล่าว ได้มีการแจ้งให้ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องชี้แจงว่ามีความจำเป็นต้องใช้ระบบอนุญาตในแต่ละเรื่องเพื่อป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดแก่สุขภาพและความปลอดภัยของบุคคลหรือความเสี่ยงอื่น ๆ หรือไม่ อย่างไร เพื่อนำข้อมูลมาประกอบการพิจารณาถึงความจำเป็นของระบบอนุญาตในเรื่องนั้น ๆ และยกเลิกระบบอนุญาตที่หมดความจำเป็น โปรดดู BAGAUDINAUVA (S.), OMRAN (D.) and SHAVUROV (U.), “Licensing 159 activities - not 909”, in World Bank, *Celebrating Reform 2007 – Doing Business Case Studies*, (Washington D.C. : Office of the Publisher, World Bank, 2007), p. 26.

^{๑๖๖} BAGAUDINAUVA (S.), OMRAN (D.) and SHAVUROV (U.), *เพิ่งอ้าง*, pp. 27 – 29.

^{๑๖๗} ล่าสุดตามรายงาน Doing Business ปี ค.ศ. ๒๐๑๗ จอร์เจียมีอันดับความง่ายในการประกอบธุรกิจอยู่อันดับที่ ๑๖ จากทั้งหมด ๑๙๐ ประเทศ

ทั้งนี้ ได้มีการตรารัฐกฤษฎีกากำหนดบัญชีกิจการที่มีความเสี่ยงต่ำเพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจได้ทราบว่าจะระบบ SARE ใช้ได้กับเรื่องใดบ้าง ซึ่งปรากฏว่าในปี ค.ศ. ๒๐๐๒ มีบุคคลธรรมดากว่า ๒๒๖,๐๐๐ คน และบริษัทกว่า ๑,๔๐๐ แห่งที่ได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นผู้เสียภาษีอากรและจดทะเบียนบริษัทตามระบบ SARE นอกจากนี้ ในภาพรวม รัฐบาลเม็กซิโกยังได้ดำเนินนโยบายลด-เลิกหรือปรับปรุงระบบอนุญาตที่มีอยู่ตามกฎหมายในเรื่องต่าง ๆ เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ประกอบการและประชาชนทั่วไป โดยเฉพาะการเปลี่ยนระบบอนุญาตมาเป็นการแจ้งก่อนดำเนินการและให้ทางราชการตรวจสอบการดำเนินการนั้นในภายหลัง หรือหากการอนุญาตในเรื่องใดยังมีความจำเป็นต่อไป ก็กำหนดระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาตและใช้กลไกการปฏิเสธคำขอโดยปริยายหรือการอนุญาตโดยปริยายเมื่อครบกำหนดเวลา รวมทั้งยกเลิกขั้นตอนหรือเอกสารที่ไม่จำเป็นในการพิจารณาอนุญาต^{๑๖๘}

การทบทวนระบบอนุญาตในเม็กซิโก



^{๑๖๘} OCDE, Éliminer la paperasserie – la simplification administrative dans les pays de l'OCDE, อ้างแล้ว, p. 40-41.

บทที่ ๘ บทวิเคราะห์สรุป

นานาอารยประเทศต่างยอมรับว่ารัฐมีอำนาจที่จะแทรกแซงและควบคุมกำกับ การประกอบกิจการ การประกอบอาชีพ หรือการกระทำอื่นใดของบุคคล ที่อาจมีผลกระทบต่อประโยชน์ของส่วนรวมได้ อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจของรัฐต้องพอสมควรแก่เหตุและมีหลักประกันสิทธิแก่บุคคล เช่น ในฝรั่งเศสและเยอรมัน ที่มีหลักว่าการใช้มาตรการควบคุมของรัฐจะต้องได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ ในการตรากฎหมาย หรือในสหรัฐอเมริกา ที่มีหลักว่าการกำหนดมาตรการควบคุมของรัฐต้องพิจารณา มาตรฐานการคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ เช่น หลักศุภนิติกระบวน หรือการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน

มาตรการควบคุมในประเทศต่าง ๆ มีรูปแบบที่หลากหลาย แยกย่อย แตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายและระบบราชการในแต่ละประเทศ แต่ในภาพรวมอาจแยกมาตรการควบคุมของรัฐออกเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ (๑) มาตรการควบคุมก่อนหน้า และ (๒) มาตรการควบคุมในภายหลัง มาตรการควบคุมก่อนหน้าเป็นกรณีที่รัฐตรวจสอบคุณสมบัติของบุคคลและการดำเนินการที่เกี่ยวข้องก่อนที่จะพิจารณาให้สิทธิตามกฎหมายแก่บุคคล เช่น การอนุญาต การรับรอง หรือการขึ้นทะเบียน ซึ่งกฎหมายอาจกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการพิจารณาหรือไม่ก็ได้ ส่วน มาตรการควบคุมในภายหลัง เช่น ระบบแจ้งก่อนดำเนินการ เป็นกรณีที่รัฐยินยอมให้บุคคลดำเนินการตามความประสงค์ไปก่อนได้และจะมีการตรวจสอบการดำเนินการนั้นในภายหลัง

ที่ผ่านมาประเทศต่าง ๆ ได้ใช้ “ระบบอนุญาต” เป็นมาตรการหลักในการควบคุม การประกอบกิจการ การประกอบอาชีพ และการดำเนินการอื่นใดของบุคคล แต่โดยที่การอนุญาต เป็นกลไกที่สร้างภาระแก่บุคคล เพราะผู้ขออนุญาตต้องรอผลการพิจารณาจากทางราชการ ซึ่งอาจใช้เวลานาน ทั้งยังมีความเสี่ยงที่เจ้าหน้าที่จะใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือมีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม โดยในส่วนของอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ ความล่าช้าและความไม่แน่นอนในการพิจารณาอนุญาตถือเป็นอุปสรรคแก่การประกอบธุรกิจของเอกชนที่อาจเสียโอกาสในการหาลูกค้า พัฒนานวัตกรรม หรือเสียเปรียบคู่แข่งทางธุรกิจ และอาจมีผลกระทบต่อการทำงานและการพัฒนา เศรษฐกิจในภาพรวม และบางกรณียังอาจมีผลเป็นการปิดกั้นผู้ประกอบการรายใหม่ไม่ให้เข้าสู่ตลาด ทำให้ไม่มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม ซึ่งไม่เป็นผลดีต่อผู้บริโภค

ผลกระทบที่อาจเกิดจากระบบอนุญาตข้างต้นเป็นที่มาของแนวคิดในการลดการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย ในระดับสหภาพยุโรป ได้มีการออกข้อกำหนดว่าด้วยบริการที่มุ่งหมายให้ ผู้ประกอบการสามารถประกอบกิจการบริการในประเทศสมาชิกได้อย่างเสรี อันจะเป็นการส่งเสริม การลงทุนและจ้างงานภายในสหภาพยุโรป ซึ่งหลักที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การจำกัดการใช้ระบบ อนุญาตให้น้อยที่สุด โดยใช้ระบบอนุญาตเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นเนื่องจาก “เหตุผลอันสำคัญยิ่ง เกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวม” และไม่มีมาตรการอื่นที่มีผลกระทบน้อยกว่าที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ ดังกล่าวได้ และระบบอนุญาตจะต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง ฝรั่งเศสได้วางหลักในการตรากฎหมายโดยให้ใช้ระบบอนุญาตเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็น โดยเฉพาะ กรณีของกิจการที่เป็น “บริการ” ตามนัยข้อกำหนดสหภาพยุโรป และอิตาลีได้ออกกฎหมายอนุวัติการ ข้อกำหนดของสหภาพยุโรปให้ใช้ระบบอนุญาตเฉพาะเรื่องที่มีเหตุผลอันสำคัญยิ่งเกี่ยวกับประโยชน์ ของส่วนรวม แต่ลดความซับซ้อนของระบบอนุญาตโดยใช้กลไกการอนุญาตโดยปริยาย หากไม่ใช่เรื่อง ที่กฎหมายห้ามใช้กลไกดังกล่าว ในประเทศอื่นนอกสหภาพยุโรป ก็มีแนวคิดในทำนองเดียวกันว่าควร

ใช้ระบบอนุญาตเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นต้องปกป้องคุ้มครองประโยชน์อันสำคัญยิ่งของส่วนรวม ไม่ว่าจะเป็นผู้ป่วนหรือสหรัฐอเมริกา

สำหรับ “ประโยชน์อันสำคัญยิ่งของส่วนรวม” ที่เป็นเหตุผลให้ใช้ระบบอนุญาตนั้น แต่ละประเทศอาจมีมุมมองที่แตกต่างกันไป แต่ที่ยอมรับกันโดยทั่วไป เช่น ชีวิตและสุขภาพของบุคคล สิ่งแวดล้อม ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงของรัฐ ฯลฯ บางประเทศอาจให้ความสำคัญกับ “คุณค่า” ในบางเรื่องเป็นพิเศษ เช่น อิตาลี ซึ่งเป็นประเทศที่มีทิวทัศน์สวยงาม มีอารยธรรมเก่าแก่ มีศิลปะวัตถุและโบราณสถานจำนวนมาก ย่อมเป็นเรื่องปกติที่จะถือว่า “ภูมิทัศน์” และ “มรดกทางวัฒนธรรม” เป็นสิ่งที่ต้องปกป้องคุ้มครองอย่างเคร่งครัดด้วยระบบอนุญาต หรือในสหภาพยุโรปที่ประเทศสมาชิกส่วนใหญ่ให้ความสำคัญกับระบบสวัสดิการสังคม ก็ถือว่า “ความสมดุลทางการเงินของสวัสดิการสังคม” และ “นโยบายทางสังคม” เป็นประโยชน์ของส่วนรวมที่มีเหตุผลเพียงพอที่จะใช้ระบบอนุญาตได้ ทั้งนี้ ความสำเร็จของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองมิใช่ “ตัวชี้วัด” เพียงประการเดียว ในการตัดสินว่าสมควรใช้ระบบอนุญาตหรือไม่ แต่จะต้องพิจารณาถึง “ผลกระทบ” ที่อาจเกิดแก่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองประกอบด้วย ดังนี้ ในฝรั่งเศส ในการควบคุมการประกอบกิจการเลี้ยงสุกร จึงมีการใช้มาตรการควบคุมที่เคร่งครัดลดหลั่นกันไปตามจำนวนสุกรที่เลี้ยง โดยกรณีเลี้ยงสุกรจำนวนน้อย ใช้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการ จำนวนปานกลาง ใช้ระบบขึ้นทะเบียน ซึ่งมีขั้นตอนเรียบง่ายกว่าระบบอนุญาต และจำนวนมาก ใช้วิธีการอนุญาตซึ่งเป็นระบบที่เข้มงวดที่สุด กรณีจึงสรุปได้ว่า การพิจารณาใช้ระบบอนุญาตนั้น ต้องเป็นไปตาม “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” ที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐ ซึ่งรวมถึงการตรากฎหมาย ต้องเป็นการกำหนดมาตรการที่ได้ผล จำเป็น และคุ้มค่า ดังนั้น กรณีที่รัฐจะใช้ระบบอนุญาตในเรื่องหนึ่ง ย่อมต้องพิจารณาก่อนว่า (๑) ระบบอนุญาตเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวมในเรื่องนั้น (๒) ไม่มีมาตรการอื่นที่ดีกว่าที่จะบรรลุวัตถุประสงค์นั้นได้ และ (๓) ประโยชน์ที่จะเกิดแก่ส่วนรวมมีมากกว่าผลเสียที่จะเกิดแก่ปัจเจกบุคคลที่ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพ การใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในการพิจารณากำหนดมาตรการควบคุมของรัฐนี้ ปรากฏอย่างชัดเจนในประเทศที่พัฒนาหลักกฎหมายมหาชนเป็นระบบ เช่น ฝรั่งเศส และเยอรมัน

ส่วนการดำเนินการเรื่องใดที่ไม่มีผลกระทบต่อ “ประโยชน์อันสำคัญยิ่งของส่วนรวม” หรือมีผลกระทบน้อยมาก ก็มีแนวคิดว่าจะนำมาตราการอื่นมาใช้แทนที่ระบบอนุญาตได้ โดยเฉพาะ “ระบบแจ้งก่อนดำเนินการ” ที่ใช้กันอยู่ในหลายประเทศ ซึ่งเรียกว่า “déclaration préalable” ในฝรั่งเศส “Segnalazione certificata di inizio attività - SCIA” ในอิตาลี “obligation d’annonce” ในสวิตเซอร์แลนด์ “Anzeigepflicht” ในเยอรมัน หรือ “届出” ในญี่ปุ่น โดยมองกันว่า ระบบแจ้งก่อนดำเนินการเป็นกลไกที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยกว่าระบบอนุญาต เช่น กรณีการแจ้งประกอบกิจการ บุคคลที่แจ้งสามารถประกอบกิจการได้โดยทันทีในวันที่มีการแจ้ง ไม่ต้องรอผลการพิจารณาจากทางราชการที่อาจจะล่าช้าและไม่แน่นอน ส่วนทางราชการก็สามารถตรวจสอบการประกอบกิจการในภายหลังได้ภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหากพบว่ามีฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย ก็อาจ “คัดค้านการแจ้ง” หรือออกคำสั่งให้หยุดการประกอบกิจการได้ ระบบแจ้งก่อนดำเนินการจึงเป็นกลไกที่ “เป็นมิตร” ต่อการประกอบธุรกิจของเอกชน เพราะไม่เป็นอุปสรรคต่อการเริ่มประกอบธุรกิจ ในบางประเทศ เช่น อิตาลีถึงกับนำระบบแจ้งก่อนดำเนินการมาใช้เป็น “เครื่องมือหลัก” ในการควบคุมกำกับกิจการที่ไม่กระทบต่อประโยชน์อันสำคัญยิ่งของส่วนรวม ส่วนในฝรั่งเศส สภาแห่งรัฐก็แนะนำให้ผู้ตรากฎหมายเลือกใช้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการ

มากกว่าระบบอนุญาต เช่นเดียวกับในสวีตเซอร์แลนด์ที่กฎหมายกลางเกี่ยวกับการพิจารณาอนุญาตของทางราชการวางหลักให้ผู้ตรากฎหมายพิจารณาใช้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการเป็น “ทางเลือก” แทนระบบอนุญาต

ทั้งนี้ ในกรณีที่จำเป็นต้องใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย ก็มีหลักเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาต เช่น ในสหรัฐอเมริกา ที่มีหลักเกี่ยวกับใบอนุญาตว่าการกำหนดเงื่อนไขด้านสารบัญญัติของการอนุญาต จะต้องเกี่ยวข้องใกล้ชิดกับปัญหาที่ต้องการแก้ไข นอกจากนี้ มีหลักที่ให้อำนาจการใช้อำนาจพิจารณาอนุญาตของเจ้าหน้าที่ไว้ด้วย โดยในฝรั่งเศส ได้ถือตามข้อกำหนดสหภาพยุโรปที่ให้การอนุญาตต้องตั้งอยู่บน “เกณฑ์พิจารณา” ที่ป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ โดยเกณฑ์พิจารณาต้องมีลักษณะต่าง ๆ เช่น ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ มีลักษณะภาวะวิสัย (ไม่เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่แต่ละคนตีความตามมุมมองของตนได้) มีความชัดเจน โปร่งใส ฯลฯ

ในส่วนของกระบวนการพิจารณาอนุญาต มีหลักว่ากฎหมายจะต้องกำหนดขั้นตอนการพิจารณาที่ชัดเจน โปร่งใส และสร้างภาระแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องน้อยที่สุด หลักนี้ปรากฏชัดเจนในข้อกำหนดของสหภาพยุโรปว่าด้วยบริการที่กำหนดให้วิธีพิจารณาและแบบพิธีในการอนุญาตต้องมีความชัดเจน ประกาศให้ทราบล่วงหน้า มีหลักประกันว่าเจ้าหน้าที่จะพิจารณาอย่างตรงไปตรงมาและเป็นกลาง ไม่สร้างความยุ่งยากซับซ้อนและความล่าช้าโดยไม่จำเป็น และมีค่าใช้จ่ายที่พอสมควรแก่เหตุ โดยไม่สูงเกินต้นทุนในการพิจารณาอนุญาต เช่นเดียวกับในสวีตเซอร์แลนด์ที่กฎหมายกลางเกี่ยวกับการพิจารณาอนุญาตของทางราชการวางหลักให้ผู้ตรากฎหมายกำหนดกระบวนการขั้นตอนที่เรียบง่ายและสร้างภาระน้อยที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ หรือในสหรัฐอเมริกา ก็มีหลักทำนองเดียวกันในแนวปฏิบัติที่ดีสำหรับใบอนุญาตประกอบอาชีพของสหรัฐอเมริกาที่ให้ลดภาระในกระบวนการขอรับใบอนุญาตไม่ว่าจะเรื่องค่าธรรมเนียม เอกสาร หรือระยะเวลาที่ใช้

ประเด็นหนึ่งที่เป็นปัญหาในกระบวนการอนุญาต คือ “ระยะเวลา” ในการพิจารณาอนุญาต เพราะการพิจารณาของทางราชการมักจะมีค่าล่าช้า ซึ่งความล่าช้าถือเป็น “ต้นทุนแฝง” สำหรับผู้ขออนุญาต โดยเฉพาะผู้ที่ประสงค์จะประกอบกิจการต่าง ๆ ข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยบริการพยายามแก้ไขปัญหานี้ด้วยการกำหนดให้ใช้ “ระบบอนุญาตโดยปริยาย” สำหรับการอนุญาตให้ประกอบกิจการบริการ โดยกรณีที่เจ้าหน้าที่มิได้วินิจฉัยสั่งการใด ๆ ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ถือว่ามีการอนุญาตโดยปริยายให้ประกอบกิจการบริการที่ร้องขอนั้นได้ แต่ข้อกำหนดฯ ก็เปิดช่องให้รัฐสมาชิกอาจกำหนดเกี่ยวกับผลของการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองในแนวทางที่แตกต่างออกไปได้ หากมีเหตุผลอันสำคัญยิ่งเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวมหรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลที่สาม ประเทศสมาชิกหลายประเทศได้ใช้ระบบอนุญาตโดยปริยายเป็นการทั่วไปตามแนวทางของข้อกำหนดสหภาพยุโรป เช่น ฝรั่งเศสและอิตาลี^{๑๖๔} (แต่ทั้งนี้ ก็มีข้อยกเว้นมิให้ใช้หลักดังกล่าวเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์อันสำคัญยิ่งของส่วนรวมและกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติยกเว้น) ส่วนบางประเทศ เช่น สวีตเซอร์แลนด์ ซึ่งไม่เป็นสมาชิกสหภาพยุโรป ได้ปฏิเสธที่จะใช้ระบบอนุญาตโดยปริยายเป็นการทั่วไป แต่แก้ไขปัญหาค่าล่าช้าในการพิจารณาอนุญาตด้วยการกำหนด “ระยะเวลาเร่งรัด” ในการพิจารณาอนุญาตให้เข้มงวดยิ่งขึ้น ขณะที่บางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา

^{๑๖๔} นอกจากฝรั่งเศสและอิตาลีแล้ว ยังมีอีกหลายประเทศที่ใช้ระบบอนุญาตโดยปริยาย เช่น เยอรมัน เนเธอร์แลนด์ และสเปน ซึ่งประเทศส่วนใหญ่ได้หันมาใช้ระบบอนุญาตโดยปริยายอย่างจริงจังโดยผลของข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยบริการ

ก็ไม่ปรากฏแนวคิดเรื่องระบบอนุญาตโดยปริยาย ทั้งนี้ กฎหมายของบางประเทศได้ให้ความสำคัญกับปัญหาระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาตอย่างมาก เช่น กฎหมายอิตาลี ซึ่งมีกลไกกระชับกระบวนการพิจารณาอนุญาต มีให้ขั้นตอนต่าง ๆ มีผลทำให้เกิดความล่าช้าในการพิจารณาจนเกินสมควร ไม่ว่าจะ เป็นขั้นตอนการปรึกษาหารือระหว่างหน่วยงาน หรือการให้คำปรึกษาและการประเมินทางเทคนิคขององค์กรอื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาต และในเรื่องที่ยังใช้ระบบอนุญาตปกติ (ไม่ใช่ระบบอนุญาตโดยปริยาย) ซึ่งอาจมีความล่าช้าในการพิจารณาอนุญาต ก็มีการกำหนดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางวินัยและความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่พิจารณาเรื่องล่าช้า และกำหนดให้มีเจ้าหน้าที่อื่นเข้าปฏิบัติหน้าที่แทนเจ้าหน้าที่นั้น รวมทั้งกำหนดให้หน่วยงานที่มีหน้าที่พิจารณาอนุญาตชดใช้เงินแก่ผู้ยื่นขออนุญาตตามจำนวนวันที่พิจารณาเรื่องล่าช้าด้วย

นอกจากหลักในการตรากฎหมาย (ใหม่) ที่ให้ใช้ระบบอนุญาตเท่าที่จำเป็นและเป็นภาระแก่ประชาชนน้อยที่สุดแล้ว ทุกประเทศได้ดำเนินการลด-เลิกระบบอนุญาตในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเรื่องต่าง ๆ ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวเป็นไปตามแนวคิดในการลดความซับซ้อนของระบบราชการที่มุ่งหมายลดขั้นตอนของทางราชการที่เป็นอุปสรรคโดยไม่จำเป็นต่อการประกอบกิจการ การประกอบอาชีพ และการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยมีเหตุผลสำคัญเพื่อให้การประกอบกิจกรรมต่าง ๆ โดยเฉพาะการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจมีความสะดวกรวดเร็วยิ่งขึ้น อันจะส่งผลดีต่อการพัฒนาระบบเศรษฐกิจของประเทศ ขณะเดียวกัน การลด-เลิกระบบอนุญาตยังเป็นผลดีต่อหน่วยงานของรัฐที่ปลดปล่อยภาระงานส่วนหนึ่งออกไปได้ และสามารถทุ่มเทเวลาและกำลังเจ้าหน้าที่ให้กับภารกิจอื่นที่จำเป็นและสำคัญ ซึ่งจะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐ

การลด-เลิกระบบอนุญาตและลดความซับซ้อนของระบบอนุญาตในประเทศต่าง ๆ มีอยู่หลายรูปแบบด้วยกัน ได้แก่

• ยกเลิกระบบอนุญาต

ทุกประเทศได้ดำเนินการยกเลิกระบบอนุญาตในเรื่องที่ไม่จำเป็น โดยบางกรณีมีการนำมาตรการควบคุมอื่นมาใช้แทนที่ระบบอนุญาต มาตรการทางเลือกที่ใช้กันมาก คือ ระบบแจ้งก่อนดำเนินการ ในอิตาลี มีการกำหนดให้นำระบบแจ้งก่อนดำเนินการ (SCIA) มาใช้แทนที่ระบบอนุญาตเป็นการทั่วไป โดยผลของกฎหมายกลางว่าด้วยการพิจารณาทางปกครอง ขณะที่ประเทศอื่น ๆ มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเฉพาะในเรื่องต่าง ๆ เพื่อนำระบบแจ้งก่อนดำเนินการมาใช้แทนระบบอนุญาต นอกจากนี้ บางกรณียังมีการนำมาตรการอื่น ๆ มาใช้แทนระบบอนุญาต เช่น การขึ้นทะเบียน ซึ่งในฝรั่งเศสมองว่าเป็น “ระบบอนุญาตแบบลดรูป” ซึ่งมีขั้นตอนที่เรียบง่ายและรวดเร็วกว่าการอนุญาต หรือในสหรัฐอเมริกา ก็มีการใช้ระบบรับรองตนเอง จดทะเบียน หรือบังคับวางหลักประกันแทนระบบอนุญาตให้ประกอบอาชีพ และในหลายประเทศ ใช้วิธีการให้ข้อมูล เช่น การปิดฉลากผลิตภัณฑ์หรือเครื่องหมายรับรองคุณภาพ เพื่อให้ผู้บริโภคตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าเอง ทั้งนี้ ในบางกรณีอาจมีการยกเลิกระบบอนุญาตไปโดยไม่มีมาตรการควบคุมอื่นมาแทนที่ เช่น การก่อสร้างกังหันลมผลิตไฟฟ้าที่ตั้งอยู่นอกชายฝั่งทะเลในฝรั่งเศส ซึ่งไม่มีผลกระทบต่อประชาชนหรือสิ่งแวดล้อม

บางประเทศ เช่น ญี่ปุ่นและสวีเดนแลนด์ ได้วางเกณฑ์พิจารณาในการยกเลิกระบบอนุญาตไว้ในแนวทางที่คล้ายคลึงกัน โดยกรณีที่ระบบอนุญาตในเรื่องใดพ้นสมัยไปแล้ว (เนื่องจากความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคม) หรือสร้างภาระจนเกินสมควรแก่หน่วยงานของรัฐหรือผู้ขออนุญาต หรือไม่มีประสิทธิภาพ และมีมาตรการอื่นที่นำมาใช้แทนที่ได้ ย่อมสมควรยกเลิกระบบอนุญาตในเรื่องนั้นเสีย

• ยุบรวมใบอนุญาต

ในบางเรื่องกฎหมายอาจกำหนดให้มีระบบอนุญาตอยู่หลายกระบวนการหรือมีใบอนุญาตหลายใบ ซึ่งเป็นการสร้างความซ้ำซ้อนโดยไม่จำเป็น ในหลายประเทศ จึงมีการยุบรวมระบบอนุญาตที่มีหลายกระบวนการหรือมีใบอนุญาตหลายใบ ให้เหลือเพียงขั้นตอนเดียวหรือขอใบอนุญาตเพียงใบเดียว เพื่อลดภาระในการขออนุญาตสำหรับผู้ประกอบการและประชาชน เช่น ในฝรั่งเศสและอิตาลี ที่มีการออกแบบระบบการอนุญาตด้านสิ่งแวดล้อมแบบเดียวเบ็ดเสร็จ

บางกรณี อาจไม่มีการยุบรวมใบอนุญาตหลายประเภทให้เหลือประเภทเดียว แต่อาจมีการกำหนดให้ผู้ประสงค์จะประกอบธุรกิจขอใบอนุญาตประเภทเดียวแทนที่จะต้องขอหลายใบ เช่น กรณีนครชิคาโกในสหรัฐอเมริกา ที่มีหลักให้ผู้ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจที่ต้องกำกับดูแลหรือใบอนุญาตประกอบธุรกิจเฉพาะในเรื่องใดแล้ว ไม่ต้องขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจแบบจำกัด ซึ่งเป็นใบอนุญาตทั่วไปสำหรับธุรกิจทุกประเภทอีก ซึ่งหลักดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อลดความซ้ำซ้อนของใบอนุญาตเช่นเดียวกับการยุบรวมกระบวนการอนุญาตหรือใบอนุญาต ในทำนองเดียวกัน ในเยอรมัน ก็มีกลไกที่ยอมรับว่าใบอนุญาตประกอบกิจการหนึ่งมีผลทางกฎหมายครอบคลุมไปถึงกิจการอื่นที่เป็นเครื่องมือสำคัญและจำเป็นอันจะทำให้กิจการหลักบรรลุวัตถุประสงค์ได้ เช่น ใบอนุญาตประกอบกิจการกำจัดขยะมีผลให้ผู้ประกอบการใช้ประโยชน์ที่ดินเพื่อการกำจัดขยะได้ โดยไม่ต้องขอรับใบอนุญาตใช้ประโยชน์ที่ดินตามกฎหมายผังเมืองอีก

• กำหนดให้การอนุญาตมีผลทางกฎหมายอย่างเต็มที่

หลายประเทศมีแนวทางในการลดภาระของผู้ได้รับอนุญาตโดยให้สิทธิแก่ผู้ได้รับใบอนุญาตอย่างเต็มที่ เช่น ในสวีตเซอร์แลนด์ ที่ในบางเรื่องมีการเปลี่ยนใบอนุญาตที่มีกำหนดเวลาหรือมีอายุไปเป็นใบอนุญาตที่ใช้ได้ตลอดไป หรือในสหรัฐอเมริกา ที่วางแนวทางปฏิบัติที่ดีสำหรับใบอนุญาตประกอบอาชีพ โดยให้ผู้รับใบอนุญาตสามารถให้บริการที่เกี่ยวข้องกับอาชีพนั้นได้เต็มขอบเขตของอาชีพ แม้จะทับซ้อนกับอาชีพอื่นบ้างก็ตาม

• อำนวยความสะดวกในการขออนุญาต

ในเรื่องที่ยังจำเป็นต้องใช้ระบบอนุญาตต่อไป ทุกประเทศก็พยายามอำนวยความสะดวกแก่บุคคลผู้ขออนุญาตให้มากที่สุด ไม่ว่าจะด้วยการใช้ระบบศูนย์บริการจุดเดียวเบ็ดเสร็จในการรับคำขออนุญาต หรือการใช้ระบบสื่อสารด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยเฉพาะการยื่นขออนุญาตออนไลน์

ในภาพใหญ่ แนวทางการใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในต่างประเทศได้สะท้อนให้เห็นถึง “พัฒนาการ” ของหลักการตรากฎหมาย รวมทั้งการปรับเปลี่ยนความสัมพันธ์ระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน

ในเรื่องหลักการตรากฎหมาย เดิมการใช้อำนาจของรัฐเพื่อกำหนดมาตรการควบคุมทางกฎหมาย เช่น ระบบอนุญาต จะอยู่ภายใต้*ข้อพิจารณาในทางนิติศาสตร์*เท่านั้น เป็นต้นว่า การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการของบุคคลจะต้องได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมาย อันเป็นการใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไป มากำกับการใช้อำนาจของรัฐในการตรากฎหมาย อย่งไรก็ดี ต่อมาเมื่อมีแนวคิดว่าด้วย “คุณภาพของกฎหมาย” (มีกฎหมายเท่าที่จำเป็น ชัดเจนแน่นอน เรียบง่าย เข้าถึงและเข้าใจได้ง่าย) กฎหมายที่ “ดี” ย่อมมิใช่กฎหมายที่มีความถูกต้องในทางนิติศาสตร์ (ชอบด้วยหลักการต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ) เท่านั้น แต่ต้องเป็นกฎหมายที่มี “ประสิทธิภาพ” อันเป็น*ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการบริหารจัดการภาครัฐ* (public management) ซึ่ง

เป็น “มิติใหม่” ของหลักในการตรากฎหมาย และเป็นที่มาของกลไกต่าง ๆ ในการตรากฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการประเมินผลกระทบของกฎหมาย (Regulatory Impact Assessment) การรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ฯลฯ หรือในประเด็นการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย ก็มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับภาระที่จะเกิดแก่ผู้ประกอบการ รวมทั้งภาระที่จะเกิดแก่หน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่พิจารณาอนุญาตเองด้วย ซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับ “ประสิทธิภาพ” ในการดำเนินงานของภาคเอกชนและภาครัฐ ในยุคปัจจุบัน หลักการบริหารจัดการภาครัฐจึงมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายที่ต้อง “ปรับตัว” โดยพัฒนาหลักกฎหมาย กำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย และสร้าง “กลไกทางกฎหมาย” เพื่อรองรับหลักการบริหารจัดการภาครัฐ จนกล่าวได้ว่า หลักการบริหารจัดการภาครัฐได้กลายสภาพเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (juridicisation des préceptes managériaux) และกฎหมายกลายเป็นเครื่องมือที่ใช้การบริหารจัดการภาครัฐ (managérisation du droit) ซึ่งมีผลทำให้หลักการบริหารจัดการภาครัฐมีสภาพบังคับในทางกฎหมายมากขึ้น อย่างไรก็ตาม การที่หลักการบริหารจัดการภาครัฐได้แทรกซึมเข้ามาในแดนของกฎหมายนี้ ในท้ายที่สุดอาจจะจบลงด้วยการที่หลักการบริหารจัดการภาครัฐต้องสูญเสีย “แก่นสาระ” เดิมไป เพราะถูกกลืนโดย “ตรรกะทางกฎหมาย” และถูกใช้เพื่อสร้างความชอบธรรมให้แก่กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่รัฐจะกำหนดขึ้น^{๑๗๐}

ในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน เดิมทั้งสองภาคส่วนมีภารกิจ วัตถุประสงค์ และวิถีคิดที่แตกต่างกัน โดยภาครัฐจัดทำภารกิจเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม ขณะที่ภาคเอกชนดำเนินกิจการเพื่อหาประโยชน์ส่วนตน การดำเนินงานของภาครัฐคำนึงถึงความชอบด้วยกฎหมายและกฎระเบียบต่าง ๆ เป็นสำคัญ ขณะที่ภาคเอกชนเน้น “ประสิทธิภาพ” ในการบริหารกิจการ ให้บรรลุเป้าหมายขององค์กร ความแตกต่างนี้ทำให้ภาครัฐและภาคเอกชนมีท่าทีที่เผชิญหน้ากัน โดยภาครัฐวางกฎเกณฑ์ควบคุมภาคเอกชนอย่างเข้มงวด อย่างไรก็ตาม ในช่วงเวลาสี่สิบปีที่ผ่านมา ความแตกต่างระหว่างทั้งสองภาคส่วนเริ่มลดน้อยถอยลงตามลำดับ ในส่วนของภาครัฐ เริ่มให้ความสำคัญกับประสิทธิภาพ ความคุ้มค่า และผลสัมฤทธิ์ในการดำเนินงาน รวมทั้งการให้บริการประชาชน ขณะที่ภาคเอกชน ก็ได้มุ่งแสวงหาผลกำไรแต่เพียงอย่างเดียว แต่มีแนวคิดที่ผู้ประกอบการที่ดีต้องมีความรับผิดชอบต่อส่วนรวม (ทั้งต่อพนักงาน ลูกค้า ผู้บริโภค คู่ค้า ชุมชน สภาพแวดล้อม รวมทั้งคู่แข่ง) ตามแนวคิด “บรรษัทภิบาล” (Corporate Social Responsibility - CSR) ความเปลี่ยนแปลงนี้ทำให้เกิดแนวคิดใหม่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนที่อยู่บนพื้นฐานของ *ความร่วมมือและไว้วางใจซึ่งกันและกัน* โดยภาครัฐต้องอำนวยความสะดวกให้แก่ภาคเอกชน (ที่สร้างงานและความมั่งคั่งให้แก่เศรษฐกิจของประเทศ) ส่วนภาคเอกชนก็ต้องให้ความร่วมมือกับภาครัฐโดยปฏิบัติตามกฎหมายและกฎระเบียบที่ปกป้องคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวมในเรื่องต่าง ๆ แนวคิดนี้เป็นที่มาของการปรับเปลี่ยนแนวทางการใช้มาตรการควบคุมของรัฐ จากเดิมที่ใช้ *การควบคุมก่อนหน้า* เป็นหลัก (ระบบอนุญาต) ก็เปลี่ยนไปเป็น *การควบคุมในภายหลัง* โดยให้เอกชนเริ่มประกอบกิจการไปก่อน และทำการตรวจสอบในภายหลัง (ระบบแจ้งประกอบกิจการ) ทั้งนี้ เพื่อมิให้การควบคุมของรัฐเป็นอุปสรรคต่อการประกอบกิจการของเอกชน

^{๑๗๐}CHEVALLIER (J.), “Management public et droit”, Politiques et management public, vol. 26/3, 2008, pp. 93 – 100.

บทที่ ๙ ข้อเสนอแนะของคณะทำงานฯ

คณะทำงานศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมายได้รับมอบหมายให้ศึกษาการใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในระบบกฎหมายต่างประเทศเพื่อนำมาพิจารณาเพื่อปรับปรุงกฎหมายไทยและแนวทางแก้ไขปัญหาหรือการจัดทำข้อเสนอแนะเกี่ยวกับหลักการที่เหมาะสมในการใช้ระบบอนุญาต อย่างไรก็ตามจากการศึกษาการใช้ระบบอนุญาตในต่างประเทศ คณะทำงานฯ เห็นว่ามีหลักการและข้อพิจารณาหลายประการที่สอดคล้องเหตุผลและอาจนำมาปรับใช้กับระบบกฎหมายไทยได้ ในการนี้ คณะทำงานฯ จึงใคร่ขอเสนอแนะแนวทางในการใช้ระบบอนุญาต ซึ่งเป็นเพียง “กรอบความคิดทั่วไป” ประกอบการพิจารณาของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ โดยมีข้อเสนอแนะห้าประการ ดังนี้

ข้อเสนอแนะที่หนึ่ง : ใช้ระบบอนุญาตเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็น

โดยที่ระบบอนุญาตเป็นมาตรการควบคุมที่มีผลกระทบอย่างมากต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล จึงสมควรนำมาใช้เฉพาะกรณีที่มีความเสี่ยงเป็นที่ประจักษ์ว่าการดำเนินการของบุคคลอาจก่อความเสียหายต่อประโยชน์อันสำคัญยิ่งของส่วนรวม เช่น ชีวิตและสุขภาพของบุคคล สิ่งแวดล้อม ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงของรัฐ ฯลฯ ซึ่งระบบอนุญาตสามารถป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้ด้วยการตรวจสอบคุณสมบัติของบุคคลและการดำเนินการที่เกี่ยวข้องก่อนยินยอมให้บุคคลดำเนินการ (หลักความสัมฤทธิ์ผล) และไม่มีมาตรการอื่นใดแล้วที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ (หลักความจำเป็น) และประโยชน์ที่เกิดแก่ส่วนรวมนั้นคุ้มค่าเมื่อเปรียบเทียบกับภาระที่เกิดแก่บุคคลผู้ขออนุญาต (หลักความได้สัดส่วน) อันเป็นข้อพิจารณาตาม “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” ส่วนกรณีอื่น ๆ ขอบที่จะใช้มาตรการควบคุมที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยกว่าระบบอนุญาต เช่น การแจ้งก่อนดำเนินการ ที่ให้บุคคลดำเนินการตามความประสงค์ไปก่อน และให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบการดำเนินการในภายหลัง ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย เจ้าหน้าที่อาจสั่งให้แก้ไขการกระทำหรือให้หยุดการดำเนินการนั้นได้ แต่ทั้งนี้ การแจ้งก่อนดำเนินการสมควรนำมาใช้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจเท่านั้น

สำหรับหลักเกณฑ์สารบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาต (คุณสมบัติของบุคคล เงื่อนไขในการดำเนินการ ฯลฯ) ย่อมอยู่ภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุเช่นเดียวกัน โดยกฎหมายพึงกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์ของส่วนรวมที่มุ่งคุ้มครองเท่านั้น

ข้อเสนอแนะที่สอง : วางกรอบการใช้อำนาจพิจารณาอนุญาตของเจ้าหน้าที่

กฎหมายต้องกำหนด “เกณฑ์พิจารณา” ที่ตีกรอบการใช้อำนาจพิจารณาอนุญาตของเจ้าหน้าที่ไว้อย่างรัดกุม เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยเกณฑ์พิจารณาต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้ (๑) ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (๒) ต้องมีเหตุผลเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวมและได้สัดส่วนกับประโยชน์ของส่วนรวมนั้น (๓) ชัดเจน (๔) มีลักษณะภาวะวิสัย ไม่เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่แต่ละคนตีความตามมุมมองของตนได้ (๕) ประกาศให้ผู้เกี่ยวข้องทราบล่วงหน้า และ (๖) เข้าถึงได้

ข้อเสนอแนะที่สาม : กระบวนการพิจารณาอนุญาตต้องสร้างภาระน้อยที่สุด

กระบวนการพิจารณาอนุญาตต้องมีขั้นตอนไม่ยุ่งยากซับซ้อนจนเกินสมควร มีความชัดเจน โปร่งใส มีหลักประกันว่าเจ้าหน้าที่จะพิจารณาอย่างตรงไปตรงมาและเป็นกลาง มีค่าใช้จ่ายพอสมควรแก่เหตุและได้สัดส่วนกับต้นทุนในการดำเนินการของทางราชการ มีการกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาตของเจ้าหน้าที่ ซึ่งอาจเป็น “ระยะเวลาเร่งรัด” หรือเป็นกำหนดเวลาที่ทำให้เกิด “การอนุญาตโดยปริยาย” หากเป็นเรื่องที่ไม่กระทบต่อประโยชน์อันสำคัญยิ่งของส่วนรวมและเจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจในระดับต่ำ และควรกำหนดให้มีการต่ออายุใบอนุญาตเฉพาะกรณีที่เป็นต้องตรวจสอบคุณสมบัติของผู้รับอนุญาตอยู่เสมอเป็นระยะเท่านั้น

ข้อเสนอแนะที่สี่ : อำนวยความสะดวกในการขออนุญาต

ภาครัฐสมควรอำนวยความสะดวกแก่ผู้ขออนุญาต เช่น จัดให้มีศูนย์บริการจุดเดียวเบ็ดเสร็จ ใช้ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศในการขออนุญาต (ระบบขออนุญาตออนไลน์) ฯลฯ

ข้อเสนอแนะที่ห้า : ทบทวนระบบอนุญาตในกฎหมาย

สำหรับระบบอนุญาตที่กำหนดในกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้ว สมควรมีการทบทวนความเหมาะสมโดยใช้หลัก “สำรวจ-ประเมิน-ปรับเปลี่ยน” ซึ่งมีแนวทางในการดำเนินการดังต่อไปนี้ (๑) *สำรวจ* ระบบอนุญาตในเรื่องต่าง ๆ (กฎหมายที่เกี่ยวข้อง จำนวนการอนุญาตต่อปี ระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาต หน่วยงานที่รับผิดชอบ) (๒) *ประเมิน* ระบบอนุญาตในแต่ละเรื่อง (จำเป็นต้องมีการควบคุมด้วยระบบอนุญาตหรือไม่ มีการใช้ระบบอนุญาตซ้ำซ้อนกันหรือไม่ สร้างภาระแก่หน่วยงานของรัฐและผู้ขออนุญาตมากจนเกินสมควรเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่ได้รับหรือไม่ พ้นสมัยแล้วหรือไม่ ใช้ระยะเวลานานเกินไปหรือไม่ มีปัญหาในการประสานงานกันระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือไม่ มีปัญหาความโปร่งใสในการพิจารณาของหน่วยงานหรือไม่ มีต้นทุนทางเศรษฐกิจและสังคมที่เกิดจากระบบอนุญาตอย่างไร สังคมส่วนรวมได้รับประโยชน์จากระบบอนุญาตหรือไม่ อย่างไร) และ (๓) *ปรับเปลี่ยน* ระบบอนุญาต (ยกเลิกระบบอนุญาตโดยไม่มีมาตรการควบคุมอื่นมาแทนที่ ยกเลิกระบบอนุญาตและใช้มาตรการควบคุมอื่นแทน เช่น การแจ้งก่อนดำเนินการ ยุบรวมกระบวนการอนุญาตในเรื่องเดียวกันที่มีอยู่หลายกระบวนการให้เหลือเพียงกระบวนการเดียว ปรับปรุงกระบวนการพิจารณาอนุญาตให้เรียบง่ายและรวดเร็วยิ่งขึ้น ปรับปรุงการประสานงานกันระหว่างหน่วยงาน พัฒนาระบบการทำงานของเจ้าหน้าที่ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น)

Reports & Studies Office of the Council of State

“ระบบอนุญาต” เป็นมาตรการสำคัญที่รัฐใช้คุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวม แต่ก็สร้างภาระแก่ผู้ขออนุญาตที่ต้องรอผลการพิจารณาของทางราชการซึ่งอาจมีความล่าช้า และเสี่ยงที่เจ้าหน้าที่จะใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งอาจเป็นอุปสรรคต่อการประกอบกิจการและการประกอบอาชีพของบุคคล และกระทบต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ ในช่วงหลังจึงมีแนวคิดที่จะใช้ระบบอนุญาตเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์อันสำคัญยิ่งของส่วนรวมเท่านั้น และเป็น “ทางเลือกสุดท้าย” เมื่อมาตรการอื่นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้ นานาอารยประเทศได้ตระหนักถึงปัญหาการใช้ระบบอนุญาตเกินความจำเป็นและพยายามแก้ไขปัญหามาอย่างต่อเนื่อง ในห้วงเวลาที่ประเทศไทยกำลังตื่นตัวกับการพัฒนาคุณภาพของกฎหมายและมีหลักในการตรากฎหมายโดยใช้ระบบอนุญาตเท่าที่จำเป็น และยกเลิกการอนุญาตที่ไม่จำเป็น จึงน่าสนใจที่จะศึกษาแนวคิด หลักการ และนโยบายของต่างประเทศ เพื่อนำมาปรับใช้กับการพัฒนากฎหมายของประเทศไทยต่อไป

2017

รายงานการศึกษาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นงานทางวิชาการที่ศึกษาประเด็นปัญหาสำคัญทางกฎหมาย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาและเผยแพร่องค์ความรู้ทางกฎหมาย ตามภารกิจของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ในฐานะองค์กรที่ปรึกษาด้านกฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดิน