



ข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้  
ในการตรากฎหมาย ตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญ  
แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

นางสาวศุภกร ฮันตระกูล

รายงานวิชาการนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร  
การพัฒนานักบริหารระดับสูงสำหรับข้าราชการรัฐสภาสามัญ รุ่นที่ 13  
สถาบันพระปกเกล้า

พ.ศ. 2564

ลิขสิทธิ์ของสถาบันพระปกเกล้า



ข้อพิจารณาในการนำระบบใบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย  
ตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย  
พุทธศักราช 2560

โดย

นางสาวศุภกร อันทระกุล

รหัสประจำตัว 64-13-102

สถาบันพระปกเกล้า

รายงานวิชาการส่วนบุคคล เรื่อง ข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการ  
ตรากฎหมาย ตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญ  
แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

อาจารย์ที่ปรึกษา :



.....  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประมา ศาสตรระรุจิ)

อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม :



.....  
(อาจารย์วิวัฒน์ ชัยภาคภูมิ)

---

อนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาหลักสูตรการพัฒนานักบริหารระดับสูง  
สำหรับข้าราชการรัฐสภาสามัญ รุ่นที่ 13



.....  
(ศาสตราจารย์วุฒิสาร ตันไชย)  
เลขาธิการสถาบันพระปกเกล้า

## บทคัดย่อ

- ชื่อผู้จัดทำ : นางสาวศุภกร ฮันตระกูล  
 นักศึกษาศาสนาบัณฑิตวิทยาลัย หลักสูตรการพัฒนานักบริหารระดับสูง  
 สำหรับข้าราชการรัฐสภาสามัญฯ รุ่นที่ 13
- ชื่อหัวข้อเอกสาร : ข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย ตามมาตรา 77  
 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
- อาจารย์ที่ปรึกษา : ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประมา ศาสตรระจิกิ
- อาจารย์ที่ปรึกษา (ร่วม) : อาจารย์วิหวัศ ชัยภาคภูมิ

การศึกษาเรื่อง “ข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย ตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560” เป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยนำข้อมูลที่ได้จากการศึกษามาวิเคราะห์ สังเคราะห์ และนำเสนอผลการศึกษา ในลักษณะเชิงพรรณนา (Descriptive and Analytical Method) เพื่อชี้ให้เห็นถึงปัญหาของการใช้ ระบบอนุญาตในกฎหมาย แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับระบบอนุญาต แนวทางการใช้มาตรการอื่น แทนระบบอนุญาตของต่างประเทศ และข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย

ผลการศึกษาพบว่าระบบอนุญาตเป็นมาตรการควบคุมรูปแบบหนึ่งที่รัฐใช้เป็นเครื่องมือ ทางกฎหมายสำคัญในการกำกับดูแลการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และถือเป็นมาตรการควบคุมขั้นสูง หรือระดับที่เข้มงวดที่สุดเพื่อควบคุม กำกับดูแลการประกอบอาชีพและการประกอบกิจการต่าง ๆ ให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม และช่วยป้องกันมิให้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลและ ผลประโยชน์ส่วนรวมทั้งในด้านสุขอนามัย สังคม และสิ่งแวดล้อม อย่างไรก็ตาม การใช้ระบบอนุญาต ก็พบปัญหาหลายประการ ได้แก่ ปัญหาความล่าช้าของกระบวนการพิจารณาอนุญาต เนื่องจาก กระบวนการพิจารณาที่มีหลายขั้นตอนเกิดความยุ่งยาก ซับซ้อน ซึ่งกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ปัญหาภาระค่าใช้จ่ายของผู้อนุญาต รวมทั้งปัญหาการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ซึ่งอาจเป็นช่องทาง ให้มีการทุจริตประพฤติมิชอบโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ และโดยที่มาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญ กำหนดให้รัฐ พึงใช้ระบบอนุญาตในกฎหมายเฉพาะกรณีที่จำเป็น หมายถึง การใช้อำนาจของรัฐในทางนิติบัญญัติ เพื่อควบคุมการดำเนินกิจการ การประกอบอาชีพ หรือการดำเนินการใด ๆ ของเอกชน อันเป็นการควบคุม การใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเดือดร้อนเสียหาย แก่บุคคลและ ผลประโยชน์ส่วนรวมนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติผู้ตรากฎหมายจะต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์ข้อได้เสียระหว่าง หน้าที่ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชน โดยคำนึงถึงสภาพการณ์

ทางเศรษฐกิจและสังคม ตลอดจนภาวะชั้นตอนต่าง ๆ มิให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ทั้งนี้ จากการศึกษาการใช้ระบบอนุญาตของต่างประเทศพบว่าได้มีการเลือกใช้มาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในการควบคุมการประกอบอาชีพและดำเนินการกิจการของเอกชน โดยมีแนวทางและข้อพิจารณาในบริบทต่าง ๆ ที่น่าสนใจ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงพัฒนาการของหลักการตรากฎหมายที่ได้คำนึงถึงความสำคัญของคุณภาพกฎหมายเป็นสำคัญด้วย

ดังนั้น เพื่อให้การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ผู้ศึกษาเห็นว่า การนำระบบอนุญาตมาใช้ในกฎหมายนั้น สมควรนำมาใช้เฉพาะกรณีที่เป็น โดยคำนึงถึงหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ และจะต้องกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ หลักเกณฑ์ และระยะเวลาการออกใบอนุญาตให้ชัดเจน สำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้ที่มีบทบาทในการนำนโยบายแห่งรัฐไปปฏิบัติให้เกิดผลลัพธ์อย่างเป็นรูปธรรมจะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจในบริบทของการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศควบคู่ไปกับการพัฒนาที่ยั่งยืน โดยต้องมีการพัฒนาเจ้าหน้าที่ของรัฐให้มีความรู้ถึงหลักการสำคัญในเรื่องดังกล่าวอันจะเป็นประโยชน์ต่อการใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจอนุมัติ อนุญาตโครงการต่าง ๆ ได้อย่างรวดเร็ว ส่วนกรณีพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องใช้ระบบอนุญาต เพื่อเป็นการเอื้อประโยชน์ต่อการลงทุนและการประกอบธุรกิจให้สามารถดำเนินการได้อย่างสะดวก รวดเร็ว และไม่เป็นการต่อประชาชน เห็นควรใช้มาตรการควบคุมแบบอื่นซึ่งกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่าระบบอนุญาต อาทิ ระบบการแจ้งก่อนดำเนินการ ระบบจดทะเบียน หรือระบบขึ้นทะเบียน โดยพิจารณาตามระดับความสำคัญของกิจกรรม ประโยชน์สาธารณะและผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับประชาชน รวมทั้งคำนึงถึงความคุ้มค่าของระบบการควบคุมหรือกำกับดูแลที่เลือกใช้ให้มีความเหมาะสม และได้สัดส่วนกับมาตรการที่เลือกใช้ อีกทั้งภาครัฐจะต้องอำนวยความสะดวกแก่ผู้ขออนุญาต ปรับปรุงกระบวนการเพื่อลดภาระแก่ประชาชน เช่น การจัดทำระบบศูนย์บริการจุดเดียว การลงทะเบียนและขออนุญาตออนไลน์ เป็นต้น

## กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาเรื่อง “ข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย ตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560” ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความอนุเคราะห์จากอาจารย์ประมา ศาสตรระรุจิ อาจารย์ที่ปรึกษา และอาจารย์ผู้ทรงคุณวุฒิ ที่กรุณาสละเวลาให้ความรู้ และข้อแนะนำที่เป็นประโยชน์ ตลอดจนตรวจสอบเนื้อหาและความเรียบร้อยของรายงานวิชาการฉบับนี้จนแล้วเสร็จ ผู้ศึกษาขอขอบพระคุณมา ณ โอกาสนี้

ขอขอบคุณผู้บริหารสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร และผู้บังคับบัญชาที่ให้โอกาสในการศึกษาเพิ่มเติม ขอขอบคุณอาจารย์และวิทยากรทุกท่านที่ได้ให้ความรู้ตลอดหลักสูตรการศึกษา ขอขอบคุณผู้บังคับบัญชาและเพื่อนร่วมงาน กลุ่มงานคณะกรรมการกิจการสภาผู้แทนราษฎร สำนักกรรมการ 2 และนักศึกษาหลักสูตรการพัฒนานักบริหารระดับสูง สำหรับข้าราชการรัฐสภาสามัญ รุ่นที่ 13 ที่มีส่วนในการช่วยเหลือค้นคว้าข้อมูล ให้คำแนะนำ ตลอดจนให้กำลังใจ สุดท้ายขอขอบคุณผู้บริหารและเจ้าหน้าที่ของสถาบันพระปกเกล้าทุกท่านที่ได้ให้คำแนะนำและอำนวยความสะดวกในการประสานงานเป็นอย่างดีทำให้รายงานวิชาการฉบับนี้สำเร็จลุล่วง

นางสาวศุภกร อั้นตระกูล

นักศึกษาหลักสูตรการพัฒนานักบริหารระดับสูง

สำหรับข้าราชการรัฐสภาสามัญ รุ่นที่ 13

สถาบันพระปกเกล้า

วันที่ 18 มีนาคม 2565

## สารบัญ

|                                                                            | หน้า     |
|----------------------------------------------------------------------------|----------|
| บทคัดย่อ                                                                   | ก        |
| กิตติกรรมประกาศ                                                            | ค        |
| สารบัญ                                                                     | ง        |
| <b>บทที่ 1 บทนำ</b>                                                        | <b>1</b> |
| 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา                                         | 1        |
| 1.2 วัตถุประสงค์การศึกษา                                                   | 2        |
| 1.3 ประเด็นการศึกษา                                                        | 3        |
| 1.4 ขอบเขตการศึกษา                                                         | 3        |
| 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา                                                     | 3        |
| 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ                                              | 4        |
| <b>บทที่ 2 แนวคิดทฤษฎี และหลักกฎหมาย</b>                                   | <b>5</b> |
| 2.1 แนวคิดเกี่ยวกับระบบอนุญาต                                              | 5        |
| 2.2 ทฤษฎีสติธิและเสรีภาพ                                                   | 7        |
| 2.2.1 ความหมายของสติธิและเสรีภาพ                                           | 7        |
| 2.2.2 สติธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ                                         | 9        |
| 2.2.3 หลักเกณฑ์ที่รัฐต้องคำนึงในการจำกัดสติธิเสรีภาพของประชาชน             | 10       |
| 2.2.4 การรับรองและคุ้มครองสติธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ<br>ตามรัฐธรรมนูญ | 12       |
| 2.3 อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง                                             | 13       |
| 2.3.1 อำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง                                       | 13       |
| 2.3.2 ความหมายของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง                                | 14       |
| 2.3.3 ประเภทของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง                                  | 15       |
| 2.4 การใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในต่างประเทศ                | 17       |
| 2.4.1 ประเทศฝรั่งเศส                                                       | 17       |
| 2.4.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา                                                   | 26       |
| 2.4.3 ประเทศญี่ปุ่น                                                        | 35       |

## สารบัญ (ต่อ)

|         |                                                                                     |    |
|---------|-------------------------------------------------------------------------------------|----|
| บทที่ 3 | วิธีการศึกษา                                                                        | 39 |
| 3.1     | ขอบเขตการศึกษา                                                                      | 39 |
| 3.2     | วิธีการศึกษา                                                                        | 39 |
| 3.3     | ระยะเวลาในการศึกษา                                                                  | 41 |
| บทที่ 4 | การวิเคราะห์ปัญหาของระบบอนุญาตและข้อพิจารณา<br>ในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย | 42 |
| 4.1     | ปัญหาของระบบอนุญาตในกฎหมาย                                                          | 42 |
| 4.2     | ข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย                                      | 50 |
| บทที่ 5 | บทสรุปและข้อเสนอแนะ                                                                 | 60 |
| 5.1     | บทสรุป                                                                              | 60 |
| 5.2     | ข้อเสนอแนะ                                                                          | 63 |
|         | บรรณานุกรม                                                                          | 66 |
|         | ประวัติผู้ศึกษา                                                                     | 68 |

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในการออกกฎหมายเพื่อนำมาใช้บังคับกับบุคคลในสังคมนั้นเป็นที่ทราบกันดีว่าย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรืออาจกล่าวได้ว่า กฎหมายเป็นสิ่งที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หากมีกฎหมายมากขึ้นเท่าใดก็หมายความว่า สิทธิและเสรีภาพของประชาชนถูกจำกัดมากขึ้นเท่านั้น ทำให้กฎหมายต้องมีความชัดเจน เป็นธรรม และตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน รวมทั้งสอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป นอกจากนี้ กฎหมายจะต้องออกมากเพื่อการปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเรื่องต่าง ๆ กรณีที่การดำเนินการใดของบุคคลอาจมีผลกระทบต่อหรือก่อความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ กฎหมายก็มักจะกำหนด “มาตรการควบคุม” การดำเนินการนั้นไว้ ไม่ว่าจะเป็นการประกอบกิจการ การประกอบวิชาชีพ หรือการดำเนินการอื่นใดของบุคคล

ที่ผ่านมาประเทศต่าง ๆ ได้ใช้ “ระบบอนุญาต” เป็นมาตรการหลักในการควบคุมการประกอบกิจการ การประกอบอาชีพ และการดำเนินการอื่นใดของบุคคล โดยระบบอนุญาตถือเป็นมาตรการควบคุมที่เคร่งครัด และเป็นมาตรการสำคัญที่รัฐใช้คุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวม แต่ระบบอนุญาตก็เป็นกลไกที่กระทบต่อการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลค่อนข้างมาก รวมทั้งสร้างภาระแก่บุคคลเนื่องจากผู้ขออนุญาตต้องรอผลการพิจารณาของทางราชการก่อนที่จะดำเนินการใด ๆ ได้ ซึ่งกระบวนการพิจารณาอนุญาตอาจใช้เวลาานและมีขั้นตอนที่ยุ่งยาก และกรณีที่กฎหมายให้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ในการอนุญาตก็มีความเสี่ยงที่เจ้าหน้าที่จะใช้ดุลพินิจโดยมิชอบหรือเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ทั้งยังเป็นช่องทางให้มีการทุจริตประพฤติมิชอบโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกด้วย ฉะนั้น ในยุคที่มีแนวคิดว่ารัฐควรแทรกแซงกิจการทางเศรษฐกิจและสังคมให้น้อยลง นานาประเทศจึงมีแนวคิดในทางกฎหมายว่ารัฐควรจะใช้ระบบอนุญาตเพียงเท่าที่จำเป็น และมีมาตรการอื่นแทนการใช้ระบบอนุญาต หรือเลือกใช้ระบบอนุญาตเป็นทางเลือกสุดท้ายเมื่อมาตรการอื่นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้

สำหรับประเทศไทยที่ผ่านมาภาครัฐได้ตระหนักถึงปัญหาการใช้ระบบอนุญาตเกินความจำเป็น โดยเฉพาะในเรื่องการประกอบกิจการต่าง ๆ ซึ่งระบบอนุญาตอาจเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินธุรกิจและการลงทุนของภาคเอกชน และมีผลกระทบต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศโดยภาพรวม และได้มีความพยายามในการจำกัดการใช้ระบบอนุญาตมาอย่างต่อเนื่อง ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2544

คณะรัฐมนตรีได้มีมติแต่งตั้งคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศตรวจสอบกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาต จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2558 ได้มีการตราพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 เพื่อให้มีการทบทวนการใช้ระบบอนุญาตเท่าที่จำเป็นทุก 5 ปี รวมทั้งได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาการทบทวนความเหมาะสมของกฎหมาย พ.ศ. 2558 ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้ระบบคณะกรรมการ การอนุมัติ การอนุญาต ใบอนุญาต ระบบการจดทะเบียน หรือระบบอื่นที่กำหนดขึ้นเพื่อกำกับหรือควบคุม เพียงเท่าที่จำเป็น อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีความพยายามของรัฐในการจำกัดและลดการใช้ระบบอนุญาต แต่ปรากฏว่าการตรากฎหมายที่ใช้ระบบอนุญาตก็ยังไม่ลดลง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 วรรคสาม บัญญัติให้รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง ส่วนกฎหมายต่าง ๆ ที่บังคับอยู่ก่อนวันที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ มาตรา 258 ค. (1) บัญญัติให้มีกลไกให้ดำเนินการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ให้สอดคล้องกับหลักการตามมาตรา 77 และพัฒนาให้สอดคล้องกับหลักสากล โดยให้มีการใช้ระบบอนุญาตและระบบการดำเนินการโดยคณะกรรมการเพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อให้การทำงานเกิดความคล่องตัว โดยมีผู้รับผิดชอบที่ชัดเจน และไม่สร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น เพิ่มความสามารถในการแข่งขันของประเทศ และป้องกันการทุจริตและประพฤติมิชอบ ซึ่งบทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าวสอดคล้องกับหลักการของพระราชกฤษฎีกาการทบทวนความเหมาะสมของกฎหมาย พ.ศ. 2558 ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้ระบบคณะกรรมการ การอนุมัติ การอนุญาต ใบอนุญาต ระบบการจดทะเบียน หรือระบบอื่นที่กำหนดขึ้นเพื่อกำกับหรือควบคุมเพียงเท่าที่จำเป็นด้วย

ผู้ศึกษาจึงเห็นสมควรทำการศึกษาเกี่ยวกับปัญหาการใช้ระบบอนุญาตในการตรากฎหมาย ข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย และมาตรการอื่นที่สามารถนำมาใช้แทนระบบอนุญาต โดยศึกษาประกอบกับแนวคิดและหลักการของต่างประเทศที่มีแนวทางและข้อพิจารณาในบริบทต่าง ๆ ที่น่าสนใจ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงพัฒนาการของหลักการตรากฎหมายที่ได้คำนึงถึงคุณภาพของกฎหมายเป็นสำคัญ ทั้งนี้ เพื่อให้การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติสอดคล้องและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

## 1.2 วัตถุประสงค์การศึกษา

- 1) เพื่อศึกษาระบบอนุญาตและปัญหาการใช้ระบบอนุญาต
- 2) เพื่อศึกษาหลักการเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาต และการใช้มาตรการอื่นแทนแทนระบบอนุญาตของต่างประเทศ

3) เพื่อศึกษาข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย และการใช้มาตรการอื่นที่เหมาะสมแทนระบบอนุญาต ให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

### 1.3 ประเด็นการศึกษา

มุ่งศึกษาประเด็นที่เกี่ยวข้อง ดังนี้ แนวคิดเกี่ยวกับระบบอนุญาต แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ได้แก่ ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ หลักเกณฑ์ที่รัฐต้องคำนึงในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญ แนวคิดอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ได้แก่ อำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง ความหมายของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ประเภทของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง การใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น ปัญหาของระบบอนุญาตและแนวทางการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย และข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตและระบบอื่นแทนระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย

### 1.4 ขอบเขตการศึกษา

1) ขอบเขตด้านเนื้อหา เอกสารการศึกษาระดับนี้มุ่งศึกษาปัญหาของการใช้ระบบอนุญาต แนวคิดเกี่ยวกับระบบอนุญาต ทฤษฎีที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ แนวคิดอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และแนวทางการใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตของต่างประเทศ เพื่อให้มาได้ซึ่งข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 77 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

2) ขอบเขตด้านระยะเวลา เดือนตุลาคม 2564 ถึงเดือนมีนาคม 2565

### 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย ตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยการศึกษาเอกสาร (Documentary Research) ทั้งเอกสารปฐมภูมิ (Primary Document) เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และเอกสารทุติยภูมิ (Secondary Document) โดยวิธีการสืบค้นจาก เช่น วิทยานิพนธ์ เอกสารงานวิจัย บทความวิชาการ และข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ จากนั้นจึงนำข้อมูลที่ได้จากการศึกษามาวิเคราะห์ สังเคราะห์ และนำเสนอผลการศึกษาในลักษณะเชิงพรรณนา (Descriptive and Analytical Method) เพื่อชี้ให้เห็นถึงปัญหาของการใช้ระบบอนุญาต แนวคิดเกี่ยวกับระบบอนุญาต ทฤษฎีที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพอันเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญในประเทศที่ปกครองระบอบประชาธิปไตย รวมทั้งศึกษาเกี่ยวกับหลักที่ต้องใช้ในการพิจารณาถึงความเหมาะสมและจำเป็นในการตรากฎหมาย งานศึกษาที่เกี่ยวข้องกับระบบอนุญาตและแนวทางการใช้

มาตรการอื่นที่ใช้แทนระบบอนุญาตของต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาอนุญาต และข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย ตลอดจนมาตรการอื่นที่เหมาะสมแทนการใช้ระบบอนุญาตมาใช้ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการพิจารณากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

#### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1) ทำให้ทราบถึงแนวคิดของระบบอนุญาตและปัญหาการใช้ระบบอนุญาต
- 2) ทำให้ทราบถึงหลักการเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาต และการใช้มาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตของต่างประเทศ
- 3) ทำให้ทราบถึงข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย และการใช้มาตรการอื่นที่เหมาะสมแทนการใช้ระบบอนุญาต ตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

## บทที่ 2

### แนวคิดทฤษฎี และหลักกฎหมาย

ในบทนี้จะศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับระบบอนุญาต ทฤษฎีที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ อันเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญในประเทศที่ปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งจะให้ความสำคัญกับเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างเท่าเทียมกันในสังคม ทั้งนี้ การให้ความสำคัญในเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น จะได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และโดยที่มาตรา 77 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น ซึ่งหลักการตามมาตรา 77 ดังกล่าวเกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ รวมทั้งศึกษาเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นมาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติต้องใช้ในการพิจารณาถึงความเหมาะสมและจำเป็นในการตรากฎหมาย ตลอดจนงานศึกษาที่เกี่ยวข้องกับระบบอนุญาตและมาตรการอื่นที่ใช้แทนระบบอนุญาตของระบบกฎหมายต่างประเทศ

#### 2.1 แนวคิดเกี่ยวกับระบบอนุญาต

พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของราชการ พ.ศ. 2558 มาตรา 4 กำหนดให้ อนุญาต หมายความว่า การที่เจ้าหน้าที่ยินยอมให้บุคคลใดกระทำการใดที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมก่อนกระทำการนั้น และให้หมายความรวมถึงการออก ใบอนุญาต การอนุมัติ การจดทะเบียน การขึ้นทะเบียน การรับแจ้ง การให้ประทานบัตรและการให้อาญาบัตรด้วย

ส่วนกระบวนการ หมายถึง งานบริการที่หน่วยงานของภาครัฐกำหนดขึ้นเพื่อให้ประชาชนมายื่นคำขอ เช่น การขออนุญาตทำใบขับขี่รถยนต์ส่วนบุคคล การออกใบรับรองการแปรรูปสัตว์น้ำ การขอกัดสำเนาทะเบียนบ้าน เป็นต้น โดยในแต่ละกระบวนการจะประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไขในการยื่นคำขอ ขั้นตอน ระยะเวลาแต่ละขั้นตอน รายการเอกสารที่ต้องใช้ ค่าธรรมเนียม ฯลฯ ตามที่พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของราชการ พ.ศ. 2558 กำหนดให้หน่วยงานของภาครัฐต้องจัดเตรียมคู่มือสำหรับประชาชน และเผยแพร่ใน เว็บไซต์ [www.info.go.th](http://www.info.go.th)

การอนุญาตถือได้ว่าเป็นการใช้ดุลพินิจอย่างหนึ่งและเป็นเครื่องมือดำเนินกิจกรรมทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งนี้จะต้องดำเนินการภายใต้กรอบและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย โดยบทบัญญัติส่วนใหญ่มักกำหนดกรอบการอนุญาตของฝ่ายปกครองไว้อย่างชัดเจน แต่หากกฎหมายไม่สามารถกำหนดรายละเอียดอย่างชัดเจน เจ้าหน้าที่งาน

มักจะใช้ดุลพินิจพิจารณาเป็นรายกรณีไป โดยการใช้ดุลพินิจในการอนุญาตมักเกิดได้ทุกช่วงเวลาของการอนุญาต กล่าวคือ ทั้งในขณะที่ยังมิได้มีการยื่นขออนุญาต ขณะที่ยู่ในขั้นตอนการพิจารณา รวมถึงช่วงเวลาที่มีการพิจารณาอนุญาตตามคำขอเรียบร้อยแล้วจนถึงขั้นการออกใบอนุญาตแล้ว (คณพล จันทร์หอม และคณะ, ปีที่ 10 ฉบับที่ 1, หน้า 92.)

ระบบอนุญาตถือเป็นมาตรการควบคุมที่เคร่งครัดเพราะต้องมีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ขออนุญาตและรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินการที่จะขออนุญาตเสียก่อน ว่าจะมีผลกระทบหรือก่อความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ อย่างไร ซึ่งในแง่นี้ย่อมเป็นผลดีต่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ แต่ในอีกแง่หนึ่งระบบอนุญาตก็เป็นกลไกที่กระทบต่อการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลค่อนข้างมาก เพราะต้องรอผลการพิจารณาของทางราชการก่อนที่จะดำเนินการใด ๆ ได้ ซึ่งกระบวนการพิจารณาอนุญาตอาจจะใช้เวลานานและมีขั้นตอนที่ยุ่งยาก และกรณีที่ถูกกฎหมายให้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ในการอนุญาต ก็มีความเสี่ยงที่เจ้าหน้าที่จะใช้ดุลพินิจโดยมิชอบหรือเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ทั้งยังเป็นช่องทางให้มีการทุจริตประพฤติดมิชอบโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกด้วย

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2564, ออนไลน์) ได้สรุปผลการสัมมนาโครงการพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง การใช้ระบบอนุญาตในการตรากฎหมาย ว่า จากการศึกษากฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบันมีการนำระบบที่ใช้ในการควบคุมกำกับดูแลการประกอบอาชีพอยู่ 5 ระบบ ดังนี้

- 1) ระบบใบอนุญาต การอนุญาต การอนุมัติ เป็นระบบที่เข้มงวดที่สุด ก่อภาระให้แก่เอกชน เนื่องจากต้องมีใบอนุญาต ต่ออายุใบอนุญาต ส่วนการอนุญาตและการอนุมัติเป็นการขอดำเนินการในแต่ละครั้ง
- 2) ระบบการจดทะเบียน เป็นระบบการอนุญาตโดยลดรูปลงมาจากระบบอนุญาต กล่าวคือ เมื่อได้รับการจดทะเบียนแล้วไม่ต้องต่ออายุ สามารถประกอบกิจการได้จนกว่าจะถูกเพิกถอนทะเบียน
- 3) ระบบการขึ้นทะเบียน เป็นระบบที่มีลักษณะเดียวกับการจดทะเบียน แต่จะใช้กับการควบคุมการประกอบวิชาชีพหรือการผลิตสินค้า
- 4) ระบบจดทะเบียน เป็นระบบการควบคุมการประกอบอาชีพที่ผ่อนปรนที่สุด เป็นเพียงการแจ้งให้หน่วยงานของรัฐทราบว่าผู้ใดประกอบธุรกิจใด ที่ไหน อย่างไร และวัตถุประสงค์หลักเพื่อส่งเสริมการประกอบกิจการนั้น ๆ และเพื่อให้รัฐมีข้อมูลที่จะนำไปใช้ในการตรวจสอบการปฏิบัติตามกฎหมาย
- 5) ระบบผสม เป็นระบบที่ค่อนข้างเข้มงวด โดยส่วนใหญ่ใช้บังคับกับกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพหรือสินค้าที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของประชาชน

ส่วนในระบบกฎหมายต่างประเทศ ระบบอนุญาตเป็นมาตรการควบคุมของรัฐอย่างหนึ่งในการควบคุมการประกอบธุรกิจ ซึ่งมาตรการที่รัฐของแต่ละประเทศนำมาใช้เพื่อควบคุมการประกอบกิจการ การประกอบอาชีพ หรือดำเนินกิจการอื่นใดของบุคคลมีลักษณะแตกต่างกันไปตามระบบกฎหมายและระบบราชการของประเทศนั้น โดยอาจแบ่งออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ ได้แก่

- 1) มาตรการควบคุมก่อนหน้า (ex ante control) ได้แก่ การอนุญาต การรับรอง การขึ้นทะเบียน
- 2) มาตรการควบคุมภายหลัง (ex post control) ได้แก่ การแจ้งก่อนดำเนินการ และการกำหนดกฎเกณฑ์ให้ปฏิบัติ

นอกจากนี้ความหลากหลายของกลไกการอนุญาต สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระบบ ดังนี้

- 1) ระบบปกติ คือการออกคำสั่งโดยชัดแจ้ง โดยให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย และใช้ดุลพินิจ (ถ้ามี) ก่อนมีคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาต
- 2) ระบบพิเศษ อาจเกิดคำสั่งโดยปริยาย กล่าวคือ ถ้าครบกำหนดเวลาแล้ว เจ้าหน้าที่ยังนิ่งเฉยไม่สั่งการใด ๆ ถือว่าปฏิเสธ ซึ่งจะเป็นการปิดการพิจารณาเพื่อไปศาลเร็วขึ้นหรือถือว่าอนุญาต (Silence is Consent)

## 2.2 ทฤษฎีสติและเสรีภาพ

สังคมที่อยู่ร่วมกันอย่างสันติและสงบนั้น นอกจากจะมีกฎหมายเป็นเครื่องมือสำหรับใช้ในการจัดระเบียบแล้ว ขนบธรรมเนียม ประเพณี และวัฒนธรรมยังเป็นแนวทางที่ใช้ยึดโยงให้สังคมมีความมั่นคงเข้มแข็ง เมื่อสังคมมีการพัฒนา เจริญเติบโต และมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น กลไกต่าง ๆ ที่จะใช้จัดการให้สังคมมีความสงบสุขเกิดขึ้นนั้นจึงต้องมีการพัฒนาตามไปด้วย และสิทธิเสรีภาพถือเป็นอีกกลไกหนึ่งที่สำคัญในสังคมที่จะกำหนดว่าสังคมนั้น ๆ มีความสุขสงบ และสันติ

### 2.2.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

วิชฌู เครื่องาม. (2530, น. 640-641). ได้ให้ความหมายคำว่า สิทธิ ตามความหมายทั่วไป หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538 น. 21) ได้ให้ความหมายคำว่า สิทธิ (Right) หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ กฎหมายในที่นี้ก็คือรัฐธรรมนูญ เมื่อกล่าวถึงสิทธิในรัฐธรรมนูญจึงหมายถึงสิทธิในทางมหาชน (Public Rights) ซึ่งมีหลักเกณฑ์คลุมถึงสิทธิในทางเอกชน (Private Rights) เช่น สิทธิในครอบครัว สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในการรับมรดกด้วย แต่กว้างออกไปมากกว่านั้น เช่น คลุมถึงสิทธิเลือกตั้ง สิทธิในชีวิตร่างกาย เป็นต้น

พรชัย เลื่อนฉวี. (2553, น. 151) ได้ให้ความหมายคำว่า สิทธิ (Right) หมายถึง อำนาจหรือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองคุ้มครองและบังคับให้ เช่น สิทธิในการรับมรดก เป็นต้น เป็นสิทธิที่บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพต่อสิทธิของเรา ความหมายของสิทธิดังกล่าว เป็นความหมายสำหรับกลุ่มประเทศเสรีโดยทั่วไป แต่ในกลุ่มประเทศคอมมิวนิสต์นั้น ได้ตีความหมายของคำว่า สิทธิว่าหมายถึง การที่บุคคลเลือกกระทำการใด ๆ ได้ทั้งสิ้น เพื่อประโยชน์ของชนกรรมาชีพ

บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547, น. 58) ได้อธิบายว่าสิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้น ถือว่าเป็น สิทธิตามกฎหมายมหาชน หมายถึง อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรอง คุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใด หรือไม่ทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้องค์กรของรัฐแทรกแซงสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน ในบางกรณีการรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องต่อรัฐให้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งอีกด้วย และสิทธิตามรัฐธรรมนูญนี้ ยังหมายรวมถึง การให้หลักประกันในทางหลักการซึ่งหมายถึงการมุ่งคุ้มครองต่อสถาบันในทางกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ดังนั้น สิทธิในทางรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐที่จะต้องให้การเคารพปกป้องและคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ มีผลในทางปฏิบัติ

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538 น. 22) กล่าวว่า เสรีภาพมีนักวิชาการให้ความหมายไว้ เช่น เสรีภาพ หมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน

โกคิน พลกุล. (2539; น. 139) ได้ให้ความหมายคำว่า เสรีภาพ หมายถึง สถานภาพของมนุษย์ที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของใครหรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ เป็นอำนาจที่จะกระทำการอย่างใดหรือที่จะไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง

วิชฌู เครื่องงาม. (2530, น. 641) ได้ให้ความหมายคำว่าเสรีภาพ หมายถึง ความมีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ เสรีภาพจึงมีความหมายต่างกับสิทธิ อย่างไรก็ตามถ้าเสรีภาพใดมีกฎหมายรับรองและคุ้มครองเสรีภาพนั้นก็อาจเป็นสิทธิด้วย ดังที่มักมีผู้เรียกรวม ๆ กันไปว่าสิทธิและเสรีภาพหรือสิทธิในเสรีภาพ (Right to Liberty)

ปริญญา เทวานฤมิตรกุล. (2545, น. 7). ได้อธิบายคำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ว่า โดยทั่วไปมักเป็นคำที่ใช้รวม ๆ ไปด้วยกันว่า “สิทธิเสรีภาพ” แต่ในทางวิชาการคำว่า สิทธิและเสรีภาพ มีความหมายแตกต่างกัน กล่าวคือ

สิทธิ หมายถึงประโยชน์ในทางใดทางหนึ่ง ทั้งที่เป็นรูปธรรมจับต้องได้และที่เป็นนามธรรม หากกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายสูงสุดคือ รัฐธรรมนูญคุ้มครองและรับรองสิทธิใดก็จะก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐ หน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเคารพสิทธินั้น รวมถึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่ประชาชนที่จะต้องเคารพสิทธิซึ่งกันและกันด้วย และหากเป็นสิทธิประเภทที่

โดยสภาพไม่อาจใช้ได้ทันทีแต่ต้องมีกลไก หรือวิธีการบางประการ หรือต้องมีกฎหมายออกมารองรับ รัฐย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการเพื่อให้ประชาชนสามารถใช้สิทธินั้น ๆ ได้

เสรีภาพ หมายถึง ความมีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เมื่อรัฐธรรมนูญคุ้มครองเสรีภาพใดก็จะก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐ หน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะต้องไม่ละเมิดเสรีภาพนั้น ความมีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการนี้เป็นประโยชน์ชนิดหนึ่ง ดังนั้น เสรีภาพจึงเป็นสิทธิประเภทหนึ่ง เมื่อกล่าวถึงคำว่า “สิทธิ” โดยไม่เจาะจงจึงหมายความรวมถึง “เสรีภาพ” ด้วย

### 2.2.2 สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

พรชัย เลื่อนฉวี. (2553, น. 159) ได้อธิบายแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพว่า แต่เดิมนั้นแนวความคิดในเรื่องสิทธิและเสรีภาพเป็นแนวความคิดทางการเมือง ซึ่งหมายถึง สิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ต้องได้รับจากรัฐ รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องงดเว้นการกระทำ โดยไม่เข้าแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล ซึ่งได้แก่ สิทธิในชีวิต สิทธิที่จะไม่ต้องถูกทรมานหรือถูกกระทำที่โหดร้าย สิทธิที่จะมีเสรีภาพและความมั่นคงปลอดภัยในร่างกาย สิทธิที่จะไม่ถูกจับ คุมขัง และลงโทษ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยเที่ยงธรรม สิทธิที่จะลงคะแนนเสียงเลือกตั้งผู้แทนไปใช้อำนาจอธิปไตย เป็นต้น ต่อมาแนวคิดดังกล่าวมิได้หมายถึงแต่เฉพาะแนวความคิดทางการเมืองที่รัฐต้องงดเว้นการกระทำเท่านั้น แต่รัฐยังมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการอีกด้วย กล่าวคือ ประชาชนมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐจัดให้มีหลักประกันแก่ประชาชนเพื่อที่ประชาชนจะได้มีสิ่งจำเป็นในการดำรงชีวิตอย่างน้อยตามมาตรฐานขั้นต่ำสุด สิทธิดังกล่าวเรียกว่า สิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม ซึ่งสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม ตามแนวความคิดใหม่นี้ทำให้ประชาชนมีสิทธิเรียกร้องต่อรัฐให้ดำเนินมาตรการต่าง ๆ อันทำให้ประชาชนอยู่ดีกินดี ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่ต้องกระทำหรือมีพันธะในการที่จะต้องส่งเสริมฐานะทางเศรษฐกิจและทางสังคม เพื่อให้ประชาชนดำรงชีวิตอยู่ได้ด้วยความสะดวกสบาย

จากการศึกษาความหมายของคำว่า สิทธิ ซึ่งมีผู้ให้ความหมายไว้หลากหลาย ผู้ศึกษาขอสรุปว่า สิทธิ หมายถึง ประโยชน์หรืออำนาจซึ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญให้การรับรองและคุ้มครองส่วนเสรีภาพ หมายถึง ความมีอิสระของบุคคลที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด แต่ถ้าเสรีภาพใดมีกฎหมายรับรองและคุ้มครองเสรีภาพนั้นก็อาจเป็นสิทธิด้วย ส่วนสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง สิทธิบุคคลที่ต้องได้รับจากรัฐ โดยรัฐมีหน้าที่ในการงดเว้นกระทำการโดยไม่เข้าแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล และในขณะเดียวกันรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการ ในการที่จะต้องส่งเสริมฐานะทางเศรษฐกิจและทางสังคม โดยกรณีนี้ประชาชนมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐจัดให้มีหลักประกันแก่ประชาชนเพื่อที่ประชาชนจะได้มีสิ่งจำเป็นในการดำรงชีวิตอย่างน้อยตามมาตรฐานขั้นต่ำสุด

### 2.2.3 หลักเกณฑ์ที่รัฐต้องคำนึงในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

แม้รัฐจะสามารถตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ แต่ก็ทำได้ หมายความว่ารัฐจะตรากฎหมายอย่างไรก็ได้ เนื่องจากสิทธิเสรีภาพนั้นเป็นสิ่งสำคัญ ดังนั้น การออกกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องตรากฎหมายภายใต้เงื่อนไขต่าง ๆ ดังนี้

(ก) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น หรืออาจเรียกว่าหลักพอสมควร แก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน หรือเรียกว่าหลักมิให้กระทำเกินกว่าเหตุ ซึ่งเป็นหลักที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการนำมาใช้ควบคุมการใช้อำนาจรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น การกระทำที่จะเรียกได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น จึงถือเป็นหลักการที่สำคัญอย่างยิ่งประการหนึ่ง ในการควบคุมการใช้อำนาจ มิให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรือมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างไรชอบเขต โดยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของหลักความได้สัดส่วน

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (2543, น. 184-189) ได้อธิบายว่า หลักพอสมควรแก่เหตุ ถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอย่างกว้างขวาง และเป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐไม่ให้เกินไปโดยอำเภอใจ ซึ่งประกอบด้วยหลักการย่อย 3 หลัก คือ

1) หลักความเหมาะสมหรือหลักความสัมฤทธิ์ผล มีสาระสำคัญคือ มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายจะต้องอยู่ในวิสัยที่ทำให้วัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายบรรลุผลได้ กฎหมายใดก็ตามที่กำหนดมาตรการซึ่งเห็นประจักษ์ชัดว่าไม่อาจบรรลุผลที่ต้องการได้อย่างแน่แท้ ย่อมถือได้ว่ากฎหมายนั้นไม่เหมาะสม อย่างไรก็ตาม องค์กรนิติบัญญัติก็มีดุลพินิจเฉพาะในการคำนวณหรือคาดคะเนพัฒนาการในอนาคต ดังนั้น กฎหมายที่จะถือได้ว่าขัดต่อหลักความเหมาะสม จะต้องปรากฏว่าองค์กรนิติบัญญัติใช้ดุลพินิจซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของการคาดคะเนพัฒนาการในอนาคตและผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นผิดพลาดอย่างชัดเจน

2) หลักความจำเป็น มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายนั้น จะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็น กล่าวคือ ในกรณีที่มีมาตรการที่เหมาะสมหลายมาตรการ องค์กรนิติบัญญัติจะต้องเลือกเอามาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดมาบัญญัติเป็นกฎหมาย หากเลือกเอามาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพอย่างรุนแรงมาบัญญัติเป็นกฎหมายทั้ง ๆ ที่อาจเลือกมาตรการที่รุนแรงน้อยกว่าได้แล้ว ย่อมถือได้ว่ากฎหมายฉบับนั้นขัดต่อหลักความจำเป็น

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หมายความว่า มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายนอกจากจะต้องเป็นไปตามหลักความเหมาะสมและจำเป็นแล้ว ก็จะต้องชั่งน้ำหนักหาความสมดุลกันระหว่างหลักประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับกับประโยชน์ที่เอกชน

จะเสียไป หากมาตรการนั้นก่อให้เกิดประโยชน์กับมหาชนน้อยกว่าประโยชน์ที่เอกชนจะสูญเสียไป  
องค์กรนิติบัญญัติจะต้องไม่บังคับใช้มาตรการนั้นกับประชาชน

(ข) หลักการคุ้มครองสารัตถะแห่งสิทธิและเสรีภาพ

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (2543, น. 189-191) ได้อธิบายว่า ในการตรากฎหมาย  
ที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น องค์กรนิติบัญญัติไม่อาจตรากฎหมายให้  
กระทบกระเทือนแก่นหรือสารัตถะของสิทธิและเสรีภาพได้

(ค) หลักการมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของกฎหมายและหลักห้ามตรากฎหมาย  
ใช้บังคับเฉพาะกรณีและเฉพาะบุคคล

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (2543, น. 191-192) ได้อธิบายว่า หลักดังกล่าวเกิดมาจาก  
เหตุผลสองประการ ประการแรก เหตุผลในเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ เนื่องจากไม่ต้องการให้องค์กร  
นิติบัญญัติออกคำสั่งทางปกครองเองในรูปของกฎหมายอันเป็นการก้าวล่วงฝ่ายบริหาร และประการที่สอง  
เหตุผลในการป้องกันมิให้เกิดเอกสิทธิ์และการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ เนื่องจากหลักการ  
ดังกล่าวเป็นเครื่องประกันความสม่ำเสมอและความเท่าเทียมกันในผลทางกฎหมายสำหรับข้อเท็จจริง  
หรือสถานการณ์ที่เหมือนกัน

สำหรับกรณีที่ว่ากฎหมายที่ใช้ไม่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป แต่เป็น  
กฎหมายเฉพาะบุคคลและเฉพาะกรณี คือ กรณีแรก เป็นกรณีที่องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัด  
สิทธิและเสรีภาพให้มีผลบังคับเฉพาะบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลจำนวนแน่นอนจำนวนหนึ่งหรือ  
กลุ่มบุคคลที่อาจคำนวณจำนวนได้กลุ่มหนึ่ง กรณีที่สอง เป็นกรณีที่องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมาย  
จำกัดสิทธิและเสรีภาพที่แม้มีลักษณะเป็นนามธรรม ใช้บังคับบุคคลทั่วไป แต่ในทางข้อเท็จจริงแล้ว  
มุ่งประสงค์ให้ใช้บังคับกับบุคคลเฉพาะรายหรือเฉพาะกลุ่ม อย่างไรก็ตาม หากกฎหมายที่ตราขึ้นนั้น  
ไม่ได้มีผลเฉพาะเหตุการณ์นั้น แต่ได้รับการบัญญัติให้ครอบคลุมเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตและ  
มีผลใช้บังคับกับบุคคลไม่จำกัดจำนวนด้วย กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่ถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ

(ง) หลักการอ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (2543, น. 193) ได้อธิบายว่า หลักการดังกล่าวนี้มีขึ้น  
เพื่อเตือนให้องค์กรนิติบัญญัติตระหนักว่าตนกำลังตรากฎหมายล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพ  
ของปัจเจกชนอยู่ เพื่อที่องค์กรนิติบัญญัติจะได้ตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพเฉพาะที่ตน  
ต้องการจริง ๆ เท่านั้น และเพื่อเป็นเครื่องช่วยในการใช้และการตีความกฎหมายด้วย ซึ่งจะต้องระบุ  
เฉพาะบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องและที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในกฎหมาย  
จะระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจทุกมาตราไว้ในกฎหมายโดยมีมูลเหตุจูงใจที่จะป้องกันมิให้  
กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญได้ไม่ การฝ่าฝืนไม่ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจตรากฎหมาย

จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลส่งผลให้กฎหมายฉบับนั้นขัดรัฐธรรมนูญ โดยเหตุนี้ย่อมต้องถือว่ากฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยไม่ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจใช้บังคับไม่ได้ทั้งฉบับ

(จ) กฎหมายนั้นต้องมีความแน่นอนชัดเจน

วรพจน์ วิศวตพิชญ์. (2538, น. 69) ได้อธิบายว่า ความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายนั้นเป็นสิ่งจำเป็นที่ไม่อาจขาดได้ เพื่อให้ราษฎรสามารถใช้สิทธิเสรีภาพในการพัฒนาศักยภาพของตนไปในทางที่ตนต้องการโดยไม่กลัวว่าจะกระทำผิดกฎหมาย หากบุคคลไม่อาจแน่ใจได้ว่าการกระทำของตนถูกกฎหมายหรือไม่ ก็จะทำให้ประชาชนไม่กล้าที่จะกระทำการใด ๆ เพราะกลัวว่าจะถูกลงโทษหากการกระทำดังกล่าวของตนเป็นสิ่งที่ผิด ดังนั้น กฎหมายจึงต้องมีความชัดเจนแน่นอน

(ฉ) กฎหมายต้องไม่มีผลย้อนหลัง

วรพจน์ วิศวตพิชญ์. (2538, น. 70) ได้อธิบายว่า หลักกฎหมายห้ามย้อนหลังมีความสำคัญอย่างมากโดยเฉพาะในทางอาญา สามารถสืบสาวมาจากสมัยโรมันซึ่งเป็นภาคิตกฎหมายละตินว่า Nullum crimen, nulla poena sine lege คือ “ไม่มีการกระทำความผิดไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย” ซึ่งก็หมายถึง การที่บุคคลจะต้องรับโทษอย่างหนึ่งอย่างใดนั้น จะต้องมิใช่กฎหมายบัญญัติเอาไว้แน่นอนในขณะนั้นเองว่า การกระทำของเราเป็นความผิด ทั้งนี้ ก็เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เมื่อประชาชนรู้เสียแล้วก็จะกระทำให้ออกต้อง

#### 2.2.4 การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญ

การบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ มีพื้นฐานความคิดจากกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ (Bill of Rights) ซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพบุคคลอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานมิให้ผู้ใช้อำนาจอรัฐละเมิดต่อสิทธิ แต่อย่างไรก็ดี สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มิใช่สิทธิเด็ดขาด หากว่าสิทธินั้นเป็นการขัดต่อผลประโยชน์มหาชนหรือความปลอดภัยสาธารณะอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย การดำรงชีพ พละนามาย สิ่งแวดล้อม อันมีผลเป็นการกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือเป็นภัยสาธารณะ สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองอาจถูกจำกัดได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติรับรองหลักการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยไว้ ในมาตรา 26 ซึ่งบัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”

ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญได้รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพการในการประกอบอาชีพไว้ในมาตรา 40 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น

การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวกายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา”

### 2.3 อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

หยุด แสงอุทัย. (2542, น. 114-115) ได้อธิบายว่า อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นแดนอิสระในการปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้แก่ฝ่ายปกครองเพื่อใช้เป็นเครื่องมือสำคัญในการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในแต่ละกรณี และเหตุที่กฎหมายจะต้องกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจนั้น เนื่องจากเป็นข้อจำกัดของฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่อาจจะตรากฎหมายให้มีเนื้อหาสาระครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ทุกเรื่องทุกกรณี จึงต้องบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและเจตนารมณ์ของกฎหมาย การใช้กฎหมายจึงเป็นการนำกฎหมายมาใช้บังคับแก่ข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเรื่อง ซึ่งเป็นการปรับบทกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้ว โดยมีหลักเกณฑ์การใช้กฎหมายที่ผู้ใช้กฎหมายต้องพิจารณาว่า ข้อเท็จจริงนั้นเป็นเรื่องอะไรมีหลักกฎหมายในเรื่องนั้นว่าอย่างไร ข้อเท็จจริงเข้ากับหลักกฎหมายนั้นหรือไม่ และถ้าข้อเท็จจริงเข้ากับหลักกฎหมายนั้นแล้วมีผลอย่างไร

ดังนั้น ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะได้ศึกษาถึงอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองและอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นสำคัญ

#### 2.3.1 อำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2564, ออนไลน์) ได้อธิบายว่า ในทางทฤษฎีแล้วอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองในอันที่จะใช้อำนาจกระทำการต่าง ๆ นั้น สามารถจำแนกออกได้เป็นสองประเภทด้วยกัน ได้แก่ อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) และอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power)

(ก) อำนาจผูกพัน เป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติไว้ล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการ และกระทำการโดยมีเนื้อความตามที่กฎหมายกำหนด เช่น กรณีการจด

ทะเบียนสมรส เมื่อปรากฏว่าชายและหญิงซึ่งยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสมีคุณสมบัติและปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสครบถ้วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว นายทะเบียนครอบครัวจะต้องจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ร้องเสมอ

จะเห็นได้ว่าอำนาจผูกพันเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจฝ่ายปกครอง เนื่องจากสามารถทำให้ประชาชนทราบอย่างชัดเจนว่าในกรณีเช่นไรจะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างไร อันจะทำให้ประชาชนได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันนั่นเอง

(ข) อำนาจดุลพินิจ เป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติไว้ล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองสามารถเลือกปฏิบัติและตัดสินใจได้ด้วยตนเองในความรับผิดชอบของตนเอง และภายในขอบเขตของกฎหมายนี้ อาจมีการปฏิบัติและการตัดสินใจได้หลายอย่างแต่ละอย่างก็ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน

### 2.3.2 ความหมายของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้มีนักกฎหมายปกครองได้ให้คำนิยามความหมายไว้อย่างน่าสนใจหลายท่าน โดยขอยกตัวอย่าง ดังนี้

กมลชัย รัตนสกววงศ์ (2529, น. 47) ได้ให้ความหมายคำว่า “อำนาจดุลพินิจ” หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความเห็นของตนเองในคดีเฉพาะราย ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะเกิดขึ้นต่อเมื่อฝ่ายปกครองอยู่ในวิสัยที่จะเลือกวินิจฉัยและกระทำการได้หลายอย่างในการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยตัวบทมิได้กำหนดให้ผลทางกฎหมายขององค์ประกอบที่ครบถ้วนนั้นมีเพียงอย่างเดียว แต่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดผลทางกฎหมาย ซึ่งตัวบทกฎหมายอาจจะเสนอให้เลือกกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดจากสองอย่างหรือมากกว่านั้นขึ้นไปหรือจะให้เลือกกระทำการภายในขอบเขตที่กำหนดก็ได้

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ (2534, น. 53) ได้ให้ความหมายคำว่า “อำนาจดุลพินิจ” หมายถึง ความสามารถในอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ตนสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร

สมยศ เชื้อไชย (2553, น. 237-238) ได้ให้ความหมายว่า อำนาจดุลพินิจ หมายถึง ความอิสระของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะตัดสินใจเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งจากสองประการหรือหลาย ๆ ประการหรือภายในขอบเขตที่กำหนดไว้ให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงในคดีเฉพาะราย

ฤทัย หงส์สิริ (2547, น. 342) ได้ให้ความหมายว่า ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง หมายถึง การที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือกระทำการไปในทางใดทางหนึ่งในกรณีที่ถูกกฎหมายให้ทางเลือกหลายทาง และหากเลือกกระทำการไปในทางใดทางหนึ่งโดยมีเหตุผลอันสมควรแล้ว ก็ล้วนเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้ากฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีทางเลือกที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงทางเดียว ย่อมถือไม่ได้ว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ แต่เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้”

จะเห็นได้ว่านักกฎหมายแต่ละท่านต่างก็ได้ให้ความหมายของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองไว้ใกล้เคียงกัน มีความแตกต่างเพียงถ้อยคำที่ใช้เท่านั้น โดยอาจสรุปว่า “อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง” หมายถึง อำนาจตามกฎหมายที่ฝ่ายปกครองสามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าจะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือจะเลือกกระทำการในทางใดทางหนึ่งในบรรดาทางเลือกหลายประการที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น เมื่อปรากฏว่าผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการคนใดคนหนึ่งดำเนินกิจการสถานบริการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถเลือกตัดสินใจได้ว่าสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และในกรณีที่ตกลงใจว่าสมควรออกคำสั่ง พนักงานเจ้าหน้าที่ยังสามารถตัดสินใจได้อีกว่าสมควรสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาต เป็นต้น

### 2.3.3 ประเภทของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (ออนไลน์) ได้อธิบาย อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองว่า สามารถแบ่งออกได้เป็นสองประเภท ได้แก่ อำนาจดุลพินิจในองค์ประกอบส่วนเหตุที่เรียกว่า อำนาจดุลพินิจวินิจฉัย กับอำนาจดุลพินิจในองค์ประกอบส่วนผลที่เรียกว่า อำนาจดุลพินิจตัดสินใจ

#### (ก) อำนาจดุลพินิจวินิจฉัย

อำนาจดุลพินิจวินิจฉัย คือ อำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ทั้งนี้ แม้ว่าโดยหลักแล้วจะเห็นว่าฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจในขั้นตอนนี้ แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจด้วยถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง (Indefinite Legal Concept) โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นถ้อยคำที่ต้องประเมินคุณค่าบางอย่างบางประการ (Normative Concept) หรือมีความหมายทางเทคนิค (Technical Term) ที่ต้องใช้ความรู้ ความเชี่ยวชาญ ทำให้ต้องอาศัยความเห็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงอติวิสัยของฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจในการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ในกรณีเช่นนี้กล่าวได้ว่าเป็นความประสงค์ขององค์กรนิติบัญญัติที่จะมอบอำนาจดุลพินิจให้แก่ฝ่ายปกครองในการที่จะพิจารณาปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี ในขณะที่เดียวกันศาลเองก็ไม่ใช้ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญพิเศษนั้น ศาลจึงไม่ควรอยู่ในฐานะที่จะทบทวนการปรับใช้กฎหมาย

ของฝ่ายปกครองในส่วนนี้ ดังนั้น จึงถือว่าในกรณีเป็นข้อยกเว้นที่ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ ในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง หรือ “ดุลพินิจวินิจฉัย”

(ข) อำนาจดุลพินิจตัดสินใจ

อำนาจดุลพินิจตัดสินใจ คือ อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายหรือ ในขั้นตอนการตัดสินใจใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั่นเอง ซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าฝ่ายปกครอง สามารถมีดุลพินิจในขั้นตอนนี้ได้ โดยสามารถสรุปลักษณะของกฎหมายที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองมี “ดุลพินิจตัดสินใจ” ได้เป็น 3 ลักษณะใหญ่ ๆ คือ

1) ลักษณะที่บัญญัติว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครอง จะต้องใช้อำนาจกระทำการ (อำนาจผูกพัน) โดยมีโอกาสเลือกเนื้อความของการกระทำ (อำนาจดุลพินิจ)

2) ลักษณะที่บัญญัติว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครอง มีอำนาจตัดสินใจที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการก็ได้ (อำนาจดุลพินิจ) แต่ถ้าตัดสินใจกระทำการ แล้วไม่มีโอกาสเลือกเนื้อความของการกระทำ (อำนาจผูกพัน)

3) ลักษณะที่บัญญัติว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครอง มีอำนาจตัดสินใจที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการก็ได้ (อำนาจดุลพินิจ) และเมื่อตัดสินใจกระทำการ แล้วมีโอกาสเลือกเนื้อความของการกระทำ (อำนาจดุลพินิจ)

ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงอันใด อันหนึ่งเพื่ออำนวยความสะดวกเฉพาะรายเฉพาะกรณีนั่นเอง

อนุวัฒน์ บุญนันท์. (2554, น. 47) ได้อธิบายว่า ในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์ จะมอบอำนาจดุลพินิจตัดสินใจให้แก่ฝ่ายปกครองฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดองค์ประกอบส่วนผลด้วย ถ้อยคำที่มีลักษณะอนุญาต (Permissive Language) ให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ตามที่เห็นสมควร ซึ่งในระบบกฎหมายไทยมักใช้ถ้อยคำว่า “มีอำนาจ” หรือ “มีสิทธิ” หรือ “อาจ...ก็ได้” หรือ “จะ...ก็ได้” หรือ “ให้อยู่ในดุลพินิจของ...” หรือ ถ้อยคำอื่นที่มีความหมายทำนองเดียวกัน เช่น “สามารถ” หรือ “ควรจะ” เป็นต้น

จากลักษณะของอำนาจดุลพินิจดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า ฝ่ายปกครองมีอิสระ ในการเลือกตัดสินใจในการดำเนินการและในการเลือกมาตรการที่จะไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิและ เสรีภาพของประชาชน ดังนั้น จะเห็นได้ว่าอำนาจผูกพันจะเป็นหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนได้ดีกว่าอำนาจดุลพินิจ เพราะมีความแน่นอนชัดเจน กล่าวคือ ประชาชนจะทราบล่วงหน้า อย่างชัดเจนว่าสิทธิและเสรีภาพของตนจะถูกกระทบเมื่อใดและอย่างไร แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก กิจกรรมในทางสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรมของประชาชน เป็นกิจกรรมที่มีความหลากหลายและ เปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ทำให้กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองไม่อาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองใช้ อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างแน่นอนชัดเจนได้ ทำให้จำเป็นต้องเปิดโอกาสให้

ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะเลือกกระทำการใด ๆ ให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี เพื่อให้เกิดความยุติธรรมเฉพาะราย โดยบัญญัติเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถปรับใช้กฎหมายและตัดสินใจใช้อำนาจได้อย่างอิสระภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด

## 2.4 การใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในต่างประเทศ

นานาประเทศต่างยอมรับว่ารัฐมีอำนาจที่จะแทรกแซงและควบคุมกำกับกิจกรรมประกอบกิจการ การประกอบอาชีพ หรือการกระทำอื่นใดของบุคคล ที่อาจจะมีผลกระทบต่อประโยชน์ของส่วนรวมได้ แต่การใช้อำนาจรัฐจะต้องพอสมควรแก่เหตุและมีหลักประกันสิทธิแก่บุคคล ซึ่งที่ผ่านมาประเทศต่าง ๆ ก็ได้ใช้ระบบอนุญาตเป็นมาตรการหลักในการควบคุมการประกอบกิจการ การประกอบอาชีพ หรือการกระทำอื่นใดของบุคคล จนกระทั่งในยุคที่มีแนวคิดว่ารัฐควรแทรกแซงกิจการทางเศรษฐกิจและสังคมให้น้อยลง จึงมีแนวคิดในทางกฎหมายว่า ผู้ตรากฎหมายควรใช้ระบบอนุญาตเพียงเท่าที่จำเป็น โดยใช้กับเรื่องที่มีเหตุผลความจำเป็นอย่างยิ่งในการปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้เท่านั้น

ดังนั้น ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะได้ศึกษาถึงแนวคิดในการใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในต่างประเทศ เพื่อนำข้อมูลมาประกอบการพิจารณาเสนอแนวทางและข้อพิจารณาเกี่ยวกับการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย

### 2.4.1 ประเทศฝรั่งเศส

#### (ก) แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบกิจการ

เสรีภาพในการประกอบกิจการของบุคคล ได้รับการรับรองไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ข้อ 4 ที่บัญญัติถึงเสรีภาพของบุคคลไว้ว่า “เสรีภาพ คือความสามารถที่จะกระทำการใดก็ได้ที่ไม่ทำให้ผู้อื่นเดือดร้อน การใช้สิทธิตามธรรมชาติของบุคคลแต่ละคนจะมีข้อจำกัดที่แต่เฉพาะที่ยอมให้สมาชิกคนอื่น ๆ ของสังคมได้ใช้สิทธิเหล่านี้เช่นเดียวกัน ข้อจำกัดเช่นว่านี้จะกำหนดขึ้นได้ก็แต่โดยกฎหมายเท่านั้น” นอกจากนี้ เสรีภาพในการประกอบกิจการยังมีความสัมพันธ์กับกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล ตามที่รับรองไว้ในข้อ 17 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฯ เพราะบุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการย่อมไม่อาจใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของตนได้อย่างเต็มที่ จึงมีผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินตามไปด้วย ทั้งนี้ ใน ปี ค.ศ. 1982 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ยอมรับว่า เสรีภาพในการประกอบกิจการมีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญโดยวินิจฉัยว่า “เสรีภาพตามข้อ 4 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ซึ่งมีสาระเป็นการกระทำการใดก็ได้ในการประกอบกิจการตามอำเภอใจและไม่ชอบ” แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ยอมรับว่า “เสรีภาพดังกล่าวหาได้มีลักษณะทั่วไปและเด็ดขาด

แต่ต้องดำรงอยู่ในกรอบของหลักเกณฑ์การควบคุมที่กำหนดโดยกฎหมาย” (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560, น. 8)

(ข) รูปแบบของมาตรการในการควบคุมการประกอบกิจการ

1) การอนุญาตและมาตรการอื่นที่มีผลคล้ายคลึงกัน

กรณีที่มีการประกอบกิจการในเรื่องใดอาจมีผลกระทบต่อประโยชน์ของส่วนรวมความสงบเรียบร้อยสาธารณะ หรือประโยชน์ของบุคคลอื่น ผู้ตรากฎหมายชอบที่จะจำกัดเสรีภาพการประกอบกิจการนั้นได้ โดยอาจห้ามกิจการนั้นโดยเด็ดขาด (*interdiction pure et simple*) หรืออาจเป็นการห้ามโดยมีข้อยกเว้น (*interdiction avec derogations*) หรืออาจกำหนดมาตรการควบคุมการประกอบกิจการ ซึ่งมาตรการควบคุมในเรื่องต่าง ๆ มีรูปแบบที่หลากหลายโดยมาตรการหลัก ได้แก่ การอนุญาต และการแจ้งก่อนดำเนินการ

การอนุญาต (*authorisation*) เป็นวิธีการที่รัฐยินยอมให้บุคคลดำเนินการในเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐก่อน โดยออก “ใบอนุญาต” (ซึ่งส่วนใหญ่เรียกว่า “*licence*” หรือ “*permis*”) ให้แก่ผู้ได้รับอนุญาต ทั้งนี้ กฎหมายอาจกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมี “อำนาจผูกพัน” (*competences lies*) ที่จะต้องอนุญาต หากผู้ขออนุญาตมีเงื่อนไขครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด หรือกฎหมายอาจกำหนดให้เจ้าหน้าที่มี “อำนาจดุลพินิจ” (*pouvoir d’appréciation*) ที่จะพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตก็ได้ แล้วแต่จะเห็นสมควร

ระบบอนุญาตเป็นมาตรการควบคุมที่เคร่งครัด เพราะผู้ยื่นคำขอจะเริ่มดำเนินการใด ๆ ได้ ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ การอนุญาตจึงเป็นการ “การควบคุมก่อนหน้า” (*controle a priori*) ที่ใช้กับการดำเนินการที่อาจมีผลกระทบใหญ่หลวงต่อประโยชน์ของส่วนรวม โดยเฉพาะความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยและสุขอนามัยของประชาชนหรือสิ่งแวดล้อม

นอกจากการอนุญาตแล้ว ยังมีมาตรการควบคุมอื่น ๆ ที่มีผลคล้ายคลึงกับการอนุญาต เช่น การรับรองหรือการขึ้นทะเบียน

การรับรอง (*agreement*) เป็นมาตรการที่เหมือนกับการอนุญาตตรงที่เป็น “การควบคุมก่อนหน้า” โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอและเงื่อนไขต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดก่อนพิจารณาให้การรับรองผู้ยื่นคำขอ จากนั้นผู้ได้รับการรับรองจึงจะมีสิทธิตามกฎหมาย กฎหมายจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจดุลพินิจที่จะให้การรับรองหรือไม่ก็ได้ก็ตามความเหมาะสม ขณะเดียวกันการรับรองก็เป็นกลไกที่มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากการอนุญาต กล่าวคือ ขณะที่การอนุญาตใช้กับการดำเนินการที่เป็นผลประโยชน์ของเอกชนโดยแท้ เช่น การประกอบกิจการต่าง ๆ การรับรองมักจะใช้กับเรื่องที่เป็นภารกิจเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมที่รัฐประสงค์จะควบคุมดูแล แต่เนื่องจากเป็นเรื่องทางเทคนิค รัฐจึงมอบหมายให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการกิจนั้นผ่านกลไกการรับรอง นอกจากนี้ การรับรองยังมีข้อแตกต่างจากการอนุญาต

ตรงที่มีผลเป็นการให้สิทธิประโยชน์พิเศษแก่ผู้ได้รับการรับรองด้วย ไม่ว่าจะเป็นสิทธิประโยชน์ทางภาษี การได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐ การมีสิทธิตามกฎหมายเพิ่มขึ้น

การขึ้นทะเบียน มองกันว่าเป็น “ระบบอนุญาตแบบลดรูป” (authorisation simplified) ที่มีขั้นตอนการพิจารณาเรียบง่ายและกระชับกว่าการอนุญาต ซึ่งทำให้การประกอบกิจการของเอกชนเป็นไปโดยสะดวกรวดเร็วยิ่งขึ้น เช่น การควบคุมกิจการที่อาจก่อผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม การขึ้นทะเบียนมีกระบวนการที่เรียบง่ายกว่าระบบอนุญาตตรงที่ไม่มีขั้นตอนการศึกษาผลกระทบ และการไต่สวนสาธารณะ ซึ่งอาจใช้เวลานาน เพียงแต่ผู้ยื่นขอขึ้นทะเบียนต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับผลกระทบที่มีนัยสำคัญต่อสิ่งแวดล้อม เพื่อที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะได้ใช้ประกอบการพิจารณาขึ้นทะเบียน ในช่วงหลังได้มีการนำระบบขึ้นทะเบียนมาใช้แทนระบบอนุญาตในหลายเรื่อง เช่น การประกอบกิจการเลี้ยงสุกร หรือการเปิดสถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิง

## 2) การแจ้งก่อนดำเนินการ

การแจ้งก่อนดำเนินการ เป็นมาตรการควบคุมอีกรูปแบบหนึ่งที่ใช้กันมาก โดยในส่วนของประกอบกิจการต่าง ๆ กฎหมายจะกำหนดให้บุคคลที่ประสงค์จะประกอบกิจการต้องแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้ทราบก่อนจึงจะเริ่มประกอบกิจการนั้นได้ โดยทั่วไปแล้วเมื่อมีการแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ เจ้าหน้าที่ต้องออกใบรับแจ้งเพื่อเป็นหลักฐานให้แก่ผู้แจ้ง และผู้แจ้งย่อมมีสิทธิประกอบกิจการนับแต่เวลานั้น การแจ้งจึงเป็นเพียงการให้ข้อมูลแก่ฝ่ายปกครองว่ามีการประกอบกิจการ ณ ที่ใด ใครเป็นผู้ดำเนินการ เพื่อที่ฝ่ายปกครองจะได้สอดส่องดูแลการประกอบกิจการนั้นให้ถูกต้องตามกฎหมายต่อไป อันเป็นการควบคุมในภายหลัง

การแจ้งจึงเป็นกลไกที่กระทบต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการของบุคคลน้อยกว่าระบบอนุญาตและเอื้อต่อการลงทุนและการประกอบธุรกิจที่สามารถดำเนินการได้อย่างสะดวก รวดเร็ว เพราะไม่ต้องรอผลการพิจารณาของทางราชการก่อนดำเนินการ ทำให้ไม่มีความเสี่ยงที่จะมีการใช้ “ดุลพินิจ” โดยไม่เป็นธรรมโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลอันขัดต่อหลักความเสมอภาค ซึ่งแตกต่างจากระบบอนุญาตที่เจ้าหน้าที่มีอำนาจพิจารณาที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาต โดยบางกรณีเจ้าหน้าที่ที่มีดุลพินิจที่จะวินิจฉัยสั่งการได้ตามที่เห็นสมควร (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560, น. 9 - 13)

โดยสรุป ในระบบอนุญาตฝ่ายปกครองมีบทบาทเชิงรุกซึ่งอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ ขณะที่ในระบบแจ้งก่อนดำเนินการนั้น ฝ่ายปกครองมีบทบาทเชิงรับ โดยเพียงแค่ “รับทราบ” ความประสงค์ของผู้ที่ต้องดำเนินการเรื่องที่ถูกกฎหมายกำหนดให้แจ้ง จะเห็นได้ว่า มาตรการควบคุมที่กฎหมายกำหนดอาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลใน “ระดับ” ที่แตกต่างกันออกไป มาตรการที่มีผลกระทบรุนแรง ได้แก่ บรรดามาตรการที่มีลักษณะที่เป็นการควบคุมก่อนหน้า ไม่ว่าจะเป็นการอนุญาต การรับรอง หรือการขึ้นทะเบียน ซึ่งบุคคลจะมีสิทธิตาม

กฎหมายต่อเมื่อได้รับอนุญาต ได้รับการรับรอง หรือขึ้นทะเบียนแล้ว โดยฝ่ายปกครองอาจมีดุลพินิจที่จะพิจารณาสั่งการได้ตามที่เห็นสมควร ส่วนการแจ้งก่อนดำเนินการเป็นกลไกที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลค่อนข้างน้อย เพราะการออกใบรับแจ้งเป็นไปโดยอัตโนมัติ และฝ่ายปกครองจะควบคุมตรวจสอบการดำเนินการในภายหลัง ยกเว้นบางกรณีที่กฎหมายอาจให้อำนาจฝ่ายปกครองคัดค้านการแจ้งได้ภายในเวลาที่กำหนด ทั้งนี้ ในการเลือกใช้ระบบแจ้งหรือระบบอนุญาตนั้น ผู้ตรากฎหมายจะคำนึงถึงผลกระทบของการดำเนินการต่อประโยชน์ส่วนรวมเป็นสิ่งสำคัญ โดยปัจจุบันมีแนวคิดที่จะใช้ระบบอนุญาตเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นและนำมาตราการอื่นมาใช้แทนระบบอนุญาต โดยเฉพาะระบบแจ้งก่อนดำเนินการ

### (ค) หลักในการใช้ระบบอนุญาต

สภาแห่งรัฐ ในฐานะองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย (สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสเป็นองค์กรที่มีความสำคัญต่อการบริหารราชการแผ่นดิน โดยทำหน้าที่ในสองฐานะ ฐานะที่หนึ่งเป็นที่ปรึกษากฎหมายของฝ่ายบริหารโดยตรวจพิจารณาร่างกฎหมายและให้ความเห็นทางกฎหมาย ซึ่งอาจเทียบได้กับคณะกรรมการกฤษฎีกาของประเทศไทย อีกฐานะหนึ่ง ทำหน้าที่เป็นองค์กรวินิจฉัยคดีพิพาททางปกครอง ซึ่งอาจเทียบได้กับศาลปกครองสูงสุดของประเทศไทย) ได้ให้แนวทางในการพิจารณากำหนดมาตรการควบคุมในกฎหมายไว้ใน “คู่มือการร่างกฎหมาย” สรุปได้ว่า บรรดามาตรการควบคุมต่าง ๆ นั้น ผู้ตรากฎหมายพึงนำมาใช้เท่าที่จำเป็น และผลกระทบที่จะเกิดแก่สิทธิเสรีภาพของบุคคลจะต้องได้สัดส่วนกับประโยชน์ของส่วนรวมที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง ซึ่งหากเป็นไปได้ ผู้ตรากฎหมายควรเลือกใช้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการมากกว่าระบบอนุญาต ส่วนระบบอนุญาตชอบที่จะนำมาใช้ในกรณีที่มีความจำเป็นจริง ๆ เท่านั้น ซึ่งหากจำเป็นต้องใช้ระบบอนุญาต สมควรกำหนดกรอบการใช้อำนาจพิจารณาอนุญาตของเจ้าหน้าที่ไว้ด้วย และกระบวนการพิจารณาอนุญาตจะต้องชัดเจน โปร่งใส และสร้างภาระแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องน้อยที่สุด ทั้งนี้ หลักดังกล่าวชอบที่จะนำไปใช้กับมาตรการอื่น ๆ ที่มีผลคล้ายคลึงกับการอนุญาตด้วย ไม่ว่าจะเป็นการรับรองหรือการขึ้นทะเบียน

#### 1) ใช้ระบบอนุญาตเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็น

โดยที่ระบบอนุญาตมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการของบุคคลค่อนข้างมาก จึงมีหลักว่า ผู้ตรากฎหมายพึงนำระบบอนุญาตมาใช้เฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นเท่านั้น หลักนี้ปรากฏอย่างชัดเจนในข้อกำหนดของสหภาพยุโรปว่าด้วย “บริการในตลาดภายใน” หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “ข้อกำหนดบริการ” (directive services) หรือ “ข้อกำหนด Bolkestein” ตามชื่อของนาย Frits BOLKESTEIN กรรมการธิการยุโรปด้านตลาดภายในและบริการ ผู้ผลักดันข้อกำหนดดังกล่าว ข้อกำหนดนี้ใช้บังคับแก่การประกอบกิจการที่เป็น “บริการ” (services) (ข้อกำหนดได้ให้ความหมายของคำว่า “บริการ” ไว้กว้างว่า หมายถึง กิจกรรมทางเศรษฐกิจใด ๆ

ที่ไม่ได้ทำโดยมีเงินเดือนประจำ แต่เป็นการประกอบกิจการที่มีค่าตอบแทน) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้าง “ตลาดภายใน” ที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวในสหภาพยุโรป โดยผู้ประกอบการบริการจากรัฐภาคีสามารถประกอบกิจการได้อย่างเสรีในเขตตลาดภายใน อันจะเป็นการส่งเสริมการลงทุนและการสร้างงาน ซึ่งจะส่งผลดีต่อการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศต่าง ๆ ในสหภาพยุโรป ข้อกำหนดดังกล่าวได้กำหนดมาตรการในการลดความซับซ้อนในการพิจารณาของราชการเพื่อขจัดอุปสรรคในการประกอบกิจการของเอกชน โดยเรื่องหนึ่งที่กำหนดไว้และมีความสำคัญคือ การจัดการใช้ระบบอนุญาตให้น้อยที่สุด

2) การใช้ระบบอนุญาตไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ประกอบการบริการที่เกี่ยวข้อง

3) มีความจำเป็นต้องใช้ระบบอนุญาตเนื่องด้วย “เหตุผลอันสำคัญยิ่งเกี่ยวกับประโยชน์ส่วนรวม” (raison imperieuse d'intérêt general) (มาตรา 4 ของข้อกำหนดฯ ได้ให้ความหมายของ “เหตุผลอันสำคัญยิ่งเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวม” ว่าหมายถึง เหตุผลที่แนวคำวินิจฉัยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปยอมรับว่ามีลักษณะเช่นนั้น ซึ่งรวมถึงเหตุผลดังต่อไปนี้

(1) ความสงบเรียบร้อยสาธารณะ ความปลอดภัยของประชาชน สุขอนามัยของประชาชน การรักษาความสมดุลทางการเงินของระบบสวัสดิการสังคม การคุ้มครองผู้บริโภค ผู้รับบริการ และผู้ใช้แรงงาน ความซื่อตรงในการทำธุรกรรม การต่อต้านการฉ้อฉล การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและสิ่งแวดล้อมเมือง สุขอนามัยของสัตว์ ทรัพย์สินทางปัญญา การอนุรักษ์มรดกทางประวัติศาสตร์และทางศิลปะของชาติ วัตถุประสงค์ของนโยบายทางสังคม และวัตถุประสงค์ของนโยบายทางวัฒนธรรม

(2) ไม่มีมาตรการอื่นที่มีผลกระทบน้อยกว่าอันจะทำให้บรรลุเป้าหมายที่กำหนดไว้ได้ โดยเฉพาะกรณีที่ระบบการควบคุมในภายหลังจะเป็นการล่าช้าเกินกว่าที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพอย่างแท้จริง

ทั้งนี้ ในคู่มือการร่างกฎหมาย สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสได้มีคำแนะนำให้ผู้ร่างกฎหมายคำนึงถึงเงื่อนไขสามประการข้างต้นในการพิจารณากำหนดระบบอนุญาตสำหรับการประกอบกิจการที่เป็น “บริการ” ตามนัยข้อกำหนดบริการของสหภาพยุโรป แนวทางการใช้ระบบอนุญาตดังกล่าวสอดคล้องกับ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” ที่เรียกร้องให้กฎเกณฑ์ที่รัฐจะตราขึ้นใช้บังคับจะต้องไม่มีลักษณะที่ไม่สมเหตุสมผล ไร้ซึ่งความจำเป็นหรือเกินสมควรแก่เหตุ เมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมาย ซึ่งหลักความสมควรแก่เหตุนี้เป็นหนึ่งใน “หลักการลดความซับซ้อนของกฎหมาย” ตามที่คณะทำงานร่วมระหว่างกระทรวงว่าด้วยคุณภาพของกฎหมายได้เคยเสนอแนะไว้ในรายงานที่จัดทำเสนอรัฐบาลฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. 2002

## 4) วางกรอบใช้อำนาจพิจารณาอนุญาตของเจ้าหน้าที่

กรณีที่ผู้ตรากฎหมายเลือกใช้ระบบอนุญาต จะต้องกำหนดหลักเกณฑ์ที่วางกรอบการใช้อำนาจพิจารณาอนุญาตของเจ้าหน้าที่ไว้อย่างรัดกุม ทั้งนี้ เกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตจะต้องเป็นไปตามหลักการในมาตรา 10 ของข้อกำหนดบริการของสหภาพยุโรปที่กำหนดว่า ระบบอนุญาตในเรื่องหนึ่งจะต้องตั้งอยู่บนเกณฑ์พิจารณาที่ตีกรอบการใช้อำนาจพิจารณาของเจ้าหน้าที่เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยเกณฑ์พิจารณา (criteres) ในการพิจารณาอนุญาตจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ
- (2) ต้องมีเหตุผลอันสำคัญยิ่งเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวมรองรับ
- (3) ได้สัดส่วนกับประโยชน์ของส่วนรมนั้น
- (4) ชัดเจนและไม่คลุมเครือ
- (5) มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย (ไม่เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่แต่ละคนอาจตีความในแนวทางที่แตกต่างกันได้ตามมุมมองหรือความคิดเห็นของตนในลักษณะอัตวิสัย)
- (6) มีการประกาศให้สาธารณชนทราบล่วงหน้า
- (7) โปร่งใสและเข้าถึงได้
- (8) กระบวนการพิจารณาอนุญาตต้องชัดเจน โปร่งใส และสร้างภาระน้อยที่สุด

ในการกำหนดวิธีพิจารณาและแบบพิธีในการอนุญาต ผู้ตรากฎหมายชอบที่จะคำนึงถึงหลักการในมาตรา 13 ของ “ข้อกำหนดบริการ” ของสหภาพยุโรปที่กำหนดหลักเกี่ยวกับวิธีพิจารณาอนุญาตไว้ สรุปได้ว่า วิธีพิจารณาและแบบพิธีในการอนุญาตจะต้องมีความชัดเจนประกาศให้สาธารณชนทราบล่วงหน้า และให้หลักประกันได้ว่าคำขออนุญาตจะได้รับการพิจารณาอย่างตรงไปตรงมาและเป็นกลาง นอกจากนี้ วิธีพิจารณาและแบบพิธีในการอนุญาตจะต้องไม่มีผลหน่วงเหนี่ยวยับยั้งหรือทำให้หมดแรงจูงใจในการประกอบกิจการ หรือสร้างความยุ่งยากซับซ้อนและความล่าช้าโดยไม่จำเป็นแก่การประกอบกิจการ รวมทั้งต้องเข้าถึงได้อย่างง่าย และภาระค่าใช้จ่ายสำหรับผู้ยื่นขออนุญาตจะต้องพอสมควรแก่เหตุและได้สัดส่วนกับต้นทุนของขั้นตอนต่าง ๆ ในการพิจารณาอนุญาตและไม่สูงเกินต้นทุนนั้นในเรื่องระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาต จะต้องเป็นหลักประกันว่าคำขออนุญาตจะได้รับการพิจารณาโดยเร็วที่สุด หรือภายในระยะเวลาอันสมควรที่กำหนดไว้ล่วงหน้า และประกาศให้สาธารณชนทราบ โดยระยะเวลาจะเริ่มนับเมื่อมีการยื่นเอกสารโดยถูกต้องครบถ้วน กรณีที่คำขอไม่ครบถ้วน จะต้องแจ้งโดยเร็วที่สุดให้ผู้ยื่นคำขอยื่นเอกสารเพิ่มเติม และแจ้งให้ทราบถึงผลต่อการนับระยะเวลาด้วย สำหรับเรื่องที่มีความยุ่งยากซับซ้อน อาจมีการขยายระยะเวลาในการพิจารณาออกไปได้ไม่เกินหนึ่งครั้งมีกำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จ โดยให้เหตุผลประกอบการขยาย

ระยะเวลา รวมทั้งกำหนดระยะเวลาที่ขยายออกไปและแจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบก่อนครบกำหนดระยะเวลาเดิมด้วย

ทั้งนี้ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่มิได้วินิจฉัยสั่งการใด ๆ ภายในระยะเวลาที่กำหนดหรือที่ได้ขยายออกไปให้ถือว่ามีการอนุญาต (โดยปริยาย) อย่างไรก็ตาม อาจกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้แตกต่างกันออกไปได้ หากมีเหตุผลอันสำคัญยิ่งเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวมหรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลที่สาม นอกจากนี้ เมื่อเจ้าหน้าที่ได้รับคำขออนุญาตแล้ว ต้องมีการออกไปรับคำขอโดยเร็วที่สุดโดยไปรับคำขอจะต้องระบุระยะเวลาในการพิจารณา วิธีการโต้แย้งคำสั่ง รวมทั้งมีข้อความที่ระบุว่ากรณีนี้เจ้าหน้าที่มิได้วินิจฉัยสั่งการใด ๆ ภายในระยะเวลาที่กำหนดถือว่ามีการอนุญาต (หากเป็นกรณีที่ใช้ระบบอนุญาตโดยปริยาย)

#### 5) การลด เลิกระบบอนุญาตโดยผู้ตรากฎหมาย

ในประเทศฝรั่งเศสการลด เลิกระบบอนุญาตในกฎหมายมีฐานคิดมาจากนโยบายลดความซับซ้อนของระบบราชการที่เริ่มมีการดำเนินการอย่างจริงจังนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 2000 โดยที่ระบบอนุญาตของทางราชการในหลายกรณีได้สร้างภาระและเป็นอุปสรรคแก่การประกอบธุรกิจของภาคเอกชนหรือการใช้ชีวิตของประชาชนทั่วไป รัฐบาลชุดต่าง ๆ จึงได้ดำเนินการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อยกเลิกระบบอนุญาตในเรื่องที่ไม่มีความจำเป็นและนำมาตรการควบคุมอื่นมาใช้แทนการอนุญาต โดยเฉพาะการแจ้งก่อนดำเนินการซึ่งเป็นกลไกที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยกว่าการอนุญาต

##### (1) สภาพปัญหาที่เกิดจากระบบอนุญาตของทางราชการ

ปัญหาการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมายถือเป็นประเด็นหนึ่งที่มีความสำคัญในกรอบการลดความซับซ้อนของระบบราชการ ในช่วงปี ค.ศ. 2004 - 2005 คณะกรรมการประสานงานเพื่อผู้ใช้บริการสาธารณะและการลดความซับซ้อนของทางราชการ รวมทั้งการยกร่างกฎหมายมอบอำนาจให้รัฐบาลตรารัฐกำหนดเพื่อลดความซับซ้อนของกฎหมาย ได้มอบหมายให้บริษัทที่ปรึกษาหลายแห่งดำเนินการศึกษาวิเคราะห์ต้นทุนที่เกิดจากกฎหมาย โดยเรื่องที่ทำให้เริ่มศึกษาเป็นลำดับแรกคือ ต้นทุนต่าง ๆ ที่เกิดจากระบบอนุญาตของทางราชการ สำหรับขอบเขตของการศึกษา ได้เลือกระบบอนุญาตจำนวน 130 กระบวนงานเป็นกรณีศึกษา โดยมุ่งศึกษาเฉพาะต้นทุนของระบบอนุญาตสำหรับผู้ประกอบธุรกิจ ไม่รวมถึงต้นทุนสำหรับหน่วยงานของรัฐผู้อนุญาต โดยต้นทุนที่จะศึกษาจะครอบคลุมต้นทุนทางธุรการ ทั้งค่าใช้จ่ายภายในบริษัท ผู้ยื่นขออนุญาตเอง ค่าใช้จ่ายในการจ้างที่ปรึกษากฎหมายหรือที่ปรึกษาทางเทคนิคเพื่อให้คำปรึกษาในการขออนุญาต รวมทั้งค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกิดจากการขออนุญาต ตลอดจนต้นทุนในแง่เวลา คือระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ ทั้งนี้ ผลการศึกษาสรุปได้สองประการใหญ่ ๆ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง การขออนุญาตในแต่ละครั้งมีค่าใช้จ่ายคิดเป็นจำนวนเงินไม่มากนัก ส่วนใหญ่ไม่กี่พันยูโรหรืออาจจะน้อยกว่านั้น อย่างไรก็ตาม ในการประเมินต้นทุนการขออนุญาตจำต้องคำนึงถึงความถี่ในการขออนุญาตประกอบด้วย เพราะบางกรณีแม้ว่าต้นทุนต่อหน่วยในการขออนุญาตจะต่ำ แต่หากในรอบหนึ่งปีจะต้องมีการขอต่ออายุการอนุญาตหลายครั้ง ต้นทุนรวมในแต่ละปีก็อาจจะเป็นจำนวนเงินสูงได้

ประการที่สอง ปัญหาความล่าช้าในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ ความซับซ้อนของกระบวนการพิจารณาอนุญาต และปัญหาความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาอนุญาต รวมทั้งความรู้สึกที่ว่าบางกรณีเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจและไร้เหตุผล

ผลการศึกษาดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่า สิ่งที่คุณประกอบการธุรกิจส่วนใหญ่ต้องการมิใช่ลดบทบาทในการควบคุมของรัฐผ่านระบบอนุญาต แต่คือการปรับปรุงการทำงานของภาครัฐให้รวดเร็ว เป็นกลาง และปกป้องคุ้มครองฝ่ายต่าง ๆ มากยิ่งขึ้น สิ่งที่น่าสนใจอีกข้อหนึ่งก็คือ ปัญหาที่เกิดจากระบบอนุญาตมีความสลับซับซ้อน เพราะนอกจากต้นทุนที่เป็นค่าใช้จ่ายที่คิดเป็นเงินแล้ว ยังมีต้นทุนแฝงที่เกิดจากความล่าช้าในการพิจารณาอนุญาตที่อยากจะคำนวณออกมาเป็นตัวเงิน แต่อาจจะกระทบต่อธุรกิจอย่างมาก

## (2) มาตรการทางกฎหมายในการลด เลิกระบบอนุญาต

คณะทำงานศึกษาวิเคราะห์ต้นทุนและผลผลิตของบริการสาธารณะ ได้เสนอความเห็นที่หนึ่ง ในมาตรการที่ถือเป็นหัวใจของการลดความซ้ำซ้อนของระบบราชการคือ การใช้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการแทนที่การอนุญาตหรือการรับรองก่อนดำเนินการ ซึ่งการที่ระบบแจ้งก่อนดำเนินการได้รับการยอมรับว่าเป็นทางเลือกที่พึงนำมาใช้แทนที่ระบบอนุญาตนั้นเป็นเพราะเอื้อต่อการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยบุคคลที่เกี่ยวข้องสามารถประกอบธุรกิจ ประกอบวิชาชีพ หรือกระทำการอื่นใดได้ทันทีเมื่อได้แจ้งต่อทางราชการไม่จำเป็นต้องรอผลการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ซึ่งอาจใช้เวลาานาน และมีความเสี่ยงที่จะมีการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

รัฐสภาได้ตรากฎหมายอนุญาตให้รัฐบาลตราข้อกำหนดเพื่อนำระบบแจ้งก่อนดำเนินการไปใช้แทนที่ระบบอนุญาต โดยเฉพาะเรื่องการประกอบกิจการของเอกชนและการประกอบวิชาชีพของบุคคล โดยในระบบแจ้งก่อนดำเนินการให้กำหนดกลไกการคัดค้านการแจ้งโดยเจ้าหน้าที่ วิธีการตรวจสอบควบคุมในภายหลัง รวมทั้งบทกำหนดโทษไว้ด้วย (รัฐบัญญัติ ฉบับที่ 2003-591 ลงวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ. 2003 (มาตรา 22) และบางกรณีอาจรวมถึงการปรับปรุงระบบอนุญาตให้เรียบง่ายยิ่งขึ้น หรือยกเลิกระบบอนุญาตโดยไม่มีมาตรการอื่นใดมาแทนที่ หรือยกเลิกระบบแจ้งก่อนดำเนินการก็ได้ (รัฐบัญญัติ ฉบับที่ 2004 - 1343 ลงวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2004 (มาตรา 27) อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีในการยกเลิกระบบอนุญาตหรือระบบแจ้งก่อนดำเนินการหรือการปรับปรุงมาตรการควบคุมดังกล่าวให้เรียบง่ายยิ่งขึ้นนั้น รัฐสภาได้กำหนดกรอบการดำเนินการ

ของรัฐบาลไว้อย่างรัดกุม โดยกำหนดให้ต้องดำรงรักษาไว้ซึ่งหลักประกันเสรีภาพของบุคคล สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน สุขอนามัยของประชาชน รวมตลอดถึงการคุ้มครองประชาชนและข้อมูลส่วนบุคคลด้วย (รัฐบัญญัติ ฉบับที่ 2014-1545 ลงวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ. 2014 (มาตรา 10))

ในการยกเลิกหรือผ่อนปรนมาตรการควบคุมต่าง ๆ รัฐบาลได้เลือกใช้วิธีการที่หลากหลาย เช่น บางกรณีได้นำระบบแจ้งก่อนดำเนินการไปใช้แทนที่ระบบอนุญาต เช่น การกันเขตพื้นที่สำหรับปลูกป่าของบริษัทป่าไม้ ที่แต่เดิมต้องขออนุญาตต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ก็เปลี่ยนเป็นให้แจ้งต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนดำเนินการ โดยเจ้าหน้าที่อาจแจ้งการคัดค้านการแจ้งได้ภายในสองเดือนนับแต่มีการแจ้ง (รัฐกำหนด ฉบับที่ 2015 - 1682 ลงวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 2015 มาตรา 1 ที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา L 331-6 แห่งประมวลกฎหมายป่าไม้) บางกรณีได้นำระบบแจ้งและขึ้นบัญชีไปใช้แทนการรับรองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เช่น กรณีผู้ตรวจสอบสายพันธุ์ม้าและอูฐ ที่แต่เดิมต้องได้รับการรับรองจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งมีดุลพินิจที่จะรับรองหรือไม่รับรอง ก็เปลี่ยนเป็นให้แจ้งต่อเจ้าหน้าที่และให้เจ้าหน้าที่ขึ้นบัญชีไว้หากมีวุฒิการศึกษาหรือใบรับรองความรู้ความสามารถตามที่กำหนดในรัฐกฤษฎีกา (รัฐกำหนด ฉบับที่ 2015 - 1682 ลงวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 2015 มาตรา 2 ที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา L 212-9 แห่งประมวลกฎหมายการเกษตรและการประมงน้ำเค็ม) บางกรณีได้ยกเลิกมาตรการควบคุมไปโดยไม่มีมาตรการควบคุมรูปแบบอื่น ๆ มาแทนที่ เช่น กรณีผู้ดูแลสถานออกกำลังกายและกีฬา ที่แต่เดิมต้องแจ้งการประกอบกิจกรรมต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อน ปัจจุบันมีการยกเลิกระบบแจ้งไปแล้ว โดยไม่มีมาตรการอื่นมาแทนที่ (รัฐบัญญัติ ฉบับที่ 2014 - 1545 ลงวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ. 2014) หรือกรณีของกังหันลมผลิตไฟฟ้า ซึ่งแต่เดิมกังหันลมทุกประเภทอยู่ภายใต้มาตรการควบคุมที่ใช้บังคับแก่กิจการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (ทั้งนี้ เป็นไปตามรัฐบัญญัติ ฉบับที่ 2010-788 ลงวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ. 2010 ว่าด้วยพันธกิจแห่งชาติเพื่อสิ่งแวดล้อม) แต่ต่อมารัฐกฤษฎีกา ฉบับที่ 2-11-984 ลงวันที่ 23 สิงหาคม 2011 ที่แก้ไขเพิ่มเติมบัญชีกิจการควบคุมเพื่อรักษาสิ่งแวดล้อม ได้กำหนดมาตรการควบคุมเฉพาะกังหันลมที่ตั้งอยู่บนบก เพราะอาจมีเสียงดังรบกวนประชาชนที่อาศัยอยู่ใกล้เคียงและมีผลกระทบต่อทัศนียภาพ โดยมาตรการควบคุมอาจเป็นระบบอนุญาตหรือการแจ้งก่อนก่อสร้างขึ้นอยู่กับขนาดและกำลังผลิตของกังหันลม กล่าวคือ ระบบอนุญาตใช้กับกังหันลมที่มีกำลังผลิตสูง ส่วนระบบแจ้งใช้กับกังหันลมที่มีกำลังผลิตต่ำ ส่วนกังหันลมที่อยู่ชายฝั่งทะเล ซึ่งไม่มีผลกระทบต่อประชาชนหรือสิ่งแวดล้อม ไม่อยู่ภายใต้มาตรการควบคุมใด ๆ อีกต่อไป

ส่วนเรื่องใดที่ยังจำเป็นต้องใช้ระบบอนุญาตอยู่ต่อไป รัฐบาลก็ดำเนินการทุกวิถีทางให้กระบวนการอนุญาตมีความสะดวกรวดเร็วและไม่เป็นภาระแก่ประชาชน ไม่ว่าจะเป็นการวางหลักใหม่ที่ว่ากริ่งเฉยของฝ่ายปกครองมีผลเท่ากับเห็นชอบ (ระบบอนุญาตโดยปริยาย) การให้บริการจุดเดียวเบ็ดเสร็จ (guichets uniques) หรือการใช้ระบบติดต่อสื่อสารทางไกล

ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประชาชนและหน่วยงานทางปกครอง ล่าสุดได้มีการปรับปรุงระบบอนุญาตในกิจการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม โดยรัฐกำหนด ฉบับที่ 2017-80 ลงวันที่ 26 มกราคม ค.ศ. 2017 ว่าด้วยการอนุญาตในด้านสิ่งแวดล้อม บัญญัติให้มีระบบอนุญาตด้านสิ่งแวดล้อมแบบเบ็ดเสร็จ (Autorisation Environnementale Unique) ที่มีผลทางกฎหมายเป็นการอนุญาต การขึ้นทะเบียน การรับรอง การแจ้ง หรือการให้ความเห็นชอบ ตามที่กำหนดในกฎหมายฉบับต่าง ๆ กว่า 15 กระบวนงาน เช่น การอนุญาตให้ปล่อยก๊าซเรือนกระจก การรับรองให้กำจัดขยะ การรับรองให้ใช้สารตัดแต่งพันธุกรรม การอนุญาตให้ประกอบกิจการผลิตไฟฟ้า การอนุญาตให้แผ้วถางป่า เป็นต้น ระบบอนุญาตใบเดียวนี้จึงช่วยลดความซับซ้อนของระบบอนุญาตและลดภาระที่จะเกิดแก่ประชาชน ทั้งนี้ ก่อนที่จะมีการตรารัฐกำหนดฉบับดังกล่าว ได้มีการทดลองใช้ระบบใบอนุญาตด้านสิ่งแวดล้อมใบเดียวในบางเขตจังหวัดเป็นเวลาสามปี ในระหว่างปี ค.ศ. 2014 - 2017 ซึ่งปรากฏผลเป็นที่น่าพอใจ รัฐบาลจึงตัดสินใจตรารัฐกำหนดให้ใช้ระบบดังกล่าวเป็นการถาวร (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560, น. 16 - 21)

#### 2.4.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

(ก) ขอบเขตของระบบอนุญาตในระดับต่าง ๆ ของสหรัฐอเมริกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, (2560, น. 47 - 48) ได้อธิบายว่า ในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า รัฐบาลมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการกำกับดูแลและแทรกแซงกิจกรรมสังคมของปัจเจกบุคคลและองค์กรเอกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยอาศัยวิธีการต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงการใช้ระบบอนุญาต (Licensure System) อย่างไรก็ตาม ภายใต้รัฐธรรมนูญและระบบสหพันธรัฐของอเมริกา อำนาจกำกับดูแลดังกล่าวมีการแบ่งแยกกันค่อนข้างชัดเจนระหว่างรัฐบาลสหพันธรัฐ (Federal Government) กับรัฐบาลมลรัฐ (State Government) ซึ่งอำนาจของรัฐบาลสหพันธรัฐย่อมถูกจำกัดอยู่เฉพาะอำนาจที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้เป็นอำนาจของรัฐบาลสหพันธรัฐหรือที่รัฐธรรมนูญกำหนดห้ามรัฐบาลมลรัฐกระทำเท่านั้น นอกจากนี้ ภายในแต่ละมลรัฐอาจมีการมอบอำนาจในการกำกับดูแลบางส่วนให้แก่รัฐบาลท้องถิ่น (Local Government) ได้ ด้วยเหตุนี้ การอนุญาตของสหรัฐอเมริกาจึงอาจแบ่งออกได้เป็น 3 ระดับ ได้แก่

##### 1) ระดับสหพันธรัฐ

การอนุญาตในระดับสหพันธรัฐมักมีพื้นฐานมาจากบทบัญญัติว่าด้วยการพาณิชย์ (Commerce Clause) กล่าวคือ รัฐสภาองค์กรมีอำนาจในการตรากฎหมายที่จำเป็นและเหมาะสม (Necessary and Proper) เพื่อประโยชน์ในการกำกับดูแลการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐหรือกับต่างประเทศหรือกับเผ่าอินเดียน อาทิ การออกใบอนุญาตเกี่ยวกับอากาศยาน หรือผู้จัดการขนส่งสินค้าระหว่างประเทศ (Freight Forwarder) ส่วนการอนุญาตในเรื่องอื่น ๆ นั้นย่อมเป็นอำนาจของรัฐบาลมลรัฐ

## 2) ระดับมลรัฐ

รัฐบาลมลรัฐมีอำนาจในการกำกับดูแลเรื่องต่าง ๆ ที่ไม่เป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาหรือรัฐธรรมนูญของแต่ละมลรัฐนั้น โดยอยู่ภายใต้บังคับของอำนาจของรัฐบาลสหพันธรัฐ ดังนั้น แม้รัฐบาลมลรัฐจะมีอำนาจที่กว้างขวางในการกำกับดูแลเรื่องที่อยู่ภายในอาณาเขตของมลรัฐตน แต่ก็ไม่อาจอาศัยอำนาจดังกล่าวในการออกใบอนุญาตที่จะก่อให้เกิดภาวะต่อการใช้อำนาจของรัฐบาลสหพันธรัฐได้ เช่น อำนาจในการกำกับดูแลพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ การกำกับรัฐต่างประเทศ และอำนาจในการทำหนังสือสัญญากับรัฐต่างประเทศ เป็นต้น

## 3) ระดับท้องถิ่น

รัฐบาลมลรัฐอาจตรากฎหมายเพื่อมอบอำนาจในการกำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือสังคมบางประการให้แก่รัฐบาลท้องถิ่นระดับต่าง ๆ ได้ โดยอำนาจที่มอบให้แก่รัฐบาลท้องถิ่นต้องเป็นอำนาจที่ตนมีอยู่โดยชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญ และรัฐบาลมลรัฐอาจกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขต่าง ๆ ในการใช้อำนาจกำกับดูแลไว้ในกฎหมายเช่นว่านั้น ด้วยเหตุนี้ในทางกลับกัน รัฐบาลท้องถิ่นจะใช้อำนาจกำกับดูแล ซึ่งรวมถึงการอนุญาตดังกล่าวได้ก็เฉพาะตามขอบเขตเงื่อนไขที่มีการมอบอำนาจโดยรัฐบาลมลรัฐเท่านั้น โดยขอบเขตและเงื่อนไขดังกล่าวอาจแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐขึ้นอยู่กับบทบัญญัติแห่งกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลในแต่ละมลรัฐ

### (ข) มาตรฐานเบื้องต้นของการอนุญาต

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, (2560, น. 49) ได้อธิบายว่า โดยที่การอนุญาตเป็นการใช้อำนาจรัฐ (police power) ในลักษณะที่เป็นมาตรการสั่งการและควบคุม (command-and-control measure) ซึ่งในหลายกรณีอาจกระทบต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญของบุคคลได้ ดังนั้น การกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาตจะต้องพิจารณามาตรฐานการคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญเป็นปฐม ไม่ต่างกับการดูแลโดยรัฐประเภทอื่น อาทิ การพิจารณาเกี่ยวกับศุภนิติกระบวนการ (Due Process of Law) (บทบัญญัติว่าด้วยศุภนิติกระบวนการกำหนดให้การอนุญาตต้องมีพื้นฐานทางเหตุผลที่เชื่อมโยงระหว่างเรื่องที่ควบคุมกับวิธีการควบคุมอีกทั้งกำหนดให้ต้องมีการรับฟังความคิดเห็น) การคุ้มครองอย่างเท่าเทียม (Equal Protection) และเสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพของสื่อ และเสรีภาพในการนับถือศาสนา เป็นต้น

### (ค) ความหมายและลักษณะของการอนุญาต

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, (2560, น. 49 - 50) ได้อธิบายว่า แม้ว่าการอนุญาต (License) ตามรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Administrative Procedure Act) จะมีความหมายครอบคลุมหนังสือสำคัญอนุญาต (Permit) ใบรับรอง (Certificate) การอนุมัติ (Approval) การจดทะเบียน (Registration) กว้างบัตร (Charter) สมาชิกภาพ (Membership) การยกเว้นบทกฎหมาย (Statutory exemption) และการอนุญาตรูปแบบอื่น แต่กฎหมายดังกล่าวหรือ

กฎหมายอื่นของสหพันธรัฐก็ได้ให้นิยามของการอนุญาตที่ชัดเจน หรือจำแนกลักษณะที่แตกต่างกันของการอนุญาตรูปแบบต่าง ๆ ไว้ ในทางวิชาการของสหรัฐอเมริกา “การอนุญาต” (Licensing) หมายถึง การที่หน่วยงานผู้มีอำนาจให้สิทธิหรือความยินยอมในการประกอบธุรกิจหรือกระทำการอย่างหนึ่งที่หากไม่มีการอนุญาตดังกล่าวจะเป็นการผิดกฎหมาย โดยองค์ประกอบสำคัญของการอนุญาตจะเกี่ยวข้องกับ (1) การกำหนดพฤติกรรมที่สามารถอนุญาตให้ทำกิจกรรมต้องทำนั้นได้ ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นหลัก และ (2) การอนุญาตจริงในแต่ละกรณี ซึ่งโดยทั่วไปเป็นความรับผิดชอบของฝ่ายบริหาร ในกรณีเช่นนี้ จะเห็นได้ว่า แม้ระบบอนุญาตจะมีลักษณะเป็นมาตรการสั่งการและควบคุมประเภทหนึ่งคล้ายกับการกำกับดูแลประเภทอื่น แต่ระบบอนุญาตก็มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากการกำกับดูแลประเภทอื่นอย่างน้อย 3 ประการ คือ

(1) ระบบอนุญาตเป็นการสร้างความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดและต่อเนื่องระหว่างเอกชนกับหน่วยงานผู้กำกับดูแล ทำให้ทั้งสองฝ่ายอาจเกิดความสัมพันธ์ในรูปแบบทั้งความร่วมมือและการข่มขู่ระหว่างกันในระยะยาว

(2) การอนุญาตมักเกี่ยวข้องกับกิจกรรมบางอย่างที่อาจถูกจำกัดไม่ให้เกิดทำ จึงจำเป็นต้องมีการประเมินอนาคตที่อาจเกิดขึ้นในตลาด การบังคับตามระบบอนุญาตจึงต้องพิจารณาทั้งข้อเท็จจริงและการวิเคราะห์ประเมินผลที่ซับซ้อน ทำให้การอนุญาตมีลักษณะคาบเกี่ยวระหว่างการสร้างกฎและการออกคำสั่งเฉพาะเรื่อง

(3) การอนุญาตเป็น “ทรัพยากร” ที่จำกัด หน่วยงานผู้กำกับดูแลจึงต้องพิจารณาตัดสินข้อดีข้อเสียระหว่างผู้ขออนุญาตหลายราย ซึ่งกระบวนการดังกล่าวอาจเป็นการตัดสินที่มีอคติได้ การอนุญาตอาจแบ่งประเภทตามเนื้อหาของการอนุญาตได้เป็นหลายประเภท เช่น การอนุญาตประกอบอาชีพ (เช่น ใบอนุญาตประกอบวิชาชีพทนายความ ใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรม) การอนุญาตประกอบธุรกิจ (เช่น ใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม ใบอนุญาตสถานบันเทิง) การอนุญาตครอบครองหรือใช้ทรัพย์สิน (เช่น ใบอนุญาตครอบครองอาวุธปืน ใบอนุญาตก่อสร้าง ใบอนุญาตครอบครองอากาศยาน) เป็นต้น

(ง) การอนุญาตและมาตรการควบคุมรูปแบบอื่น ๆ

การอนุญาตเป็นมาตรการควบคุมรูปแบบหนึ่ง ซึ่งอาจแบ่งประเภทได้เป็น 3 ระดับ ได้แก่

1) การจดทะเบียน (registration)

การจดทะเบียนเป็นวิธีการควบคุมที่ความเคร่งครัดต่ำ โดยเป็นการกำหนดให้บุคคลจดทะเบียนชื่อของตนลงในทะเบียนของทางราชการ เมื่อต้องการเริ่มดำเนินกิจกรรมบางประเภท ซึ่งโดยปกติจะไม่มี การคัดกรองคุณสมบัติของบุคคลในกระบวนการจดทะเบียน และเมื่อจดทะเบียนแล้ว รัฐบาลจะไม่มีอำนาจในการปฏิเสธไม่ให้บุคคลดังกล่าวดำเนินกิจกรรมนั้น และ

ผู้จดทะเบียนสามารถดำเนินกิจกรรมนั้น ๆ ได้ โดยไม่ต้องรอผลการพิจารณาจากหน่วยงานผู้กำกับดูแล อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีอาจมีการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการจดทะเบียน ค่าธรรมเนียมตามระยะเวลา หรือค่าภาษีในการประกอบกิจการเป็นพิเศษได้ อีกทั้งอาจมีการให้ผู้จดทะเบียนส่งข้อมูลหรือเอกสารพื้นฐานบางประการ เช่น ที่อยู่หรือสถานที่ประกอบการ เป็นต้น ซึ่งหน่วยงานผู้กำกับดูแลอาจยกเลิกการจดทะเบียนได้หากพบว่าผู้จดทะเบียนมีคุณสมบัติไม่ตรงกับที่กฎหมายกำหนด ส่งข้อมูลหรือเอกสารไม่ครบถ้วน หรือไม่ได้ชำระค่าธรรมเนียม

## 2) การรับรอง (Certification)

การรับรองเป็นการควบคุมที่รัฐบาลหรือองค์กรที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐบาลให้การรับรองคุณสมบัติของบุคคลในการดำเนินกิจกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ก่อนแล้ว ไม่ว่าจะเป็นการทดสอบความรู้ การฝึกอบรม เป็นต้น โดยบุคคลที่ได้รับการรับรองจะมีสิทธิในการใช้ชื่อตำแหน่ง (right to title) อย่างใดอย่างหนึ่งได้ตามกฎหมายหรือข้อบังคับขององค์กรนั้น โดยอาจต้องชำระค่าธรรมเนียมหรือค่าสมาชิกตามระยะเวลาที่กำหนด อย่างไรก็ตาม การรับรองมิใช่เงื่อนไขในการทำกิจกรรมนั้น ๆ กล่าวคือ บุคคลที่ไม่ได้รับการรับรองยังคงมีสิทธิที่จะดำเนินกิจกรรมนั้นได้โดยไม่ผิดกฎหมาย เพียงแต่จะไม่ได้รับสิทธิในการใช้ชื่อตำแหน่งดังกล่าวเท่านั้น

## 3) การอนุญาต (Licensure)

การอนุญาตเป็นวิธีการควบคุมที่ความเคร่งครัดสูงสุด โดยบุคคลที่ต้องการดำเนินกิจกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งต้องขอความเห็นชอบหรือขอรับใบอนุญาตจากรัฐบาลหรือองค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายก่อนจึงจะสามารถดำเนินกิจกรรมเช่นนั้นได้ โดยกระบวนการขออนุญาตนั้น ผู้ขออนุญาตจะต้องพิสูจน์ให้หน่วยงานผู้กำกับดูแลถึงเงื่อนไขหรือความเชี่ยวชาญชำนาญตามที่กฎหมายกำหนดก่อน ในขณะที่บุคคลที่ไม่ได้รับอนุญาตจะถูกห้ามไม่ให้ดำเนินกิจกรรมดังกล่าวและหากฝ่าฝืนข้อห้ามนั้น รัฐบาลมีอำนาจจะทำการลงโทษด้วยการปรับหรือจำคุกได้ตามที่กฎหมายกำหนด

(จ) แนวทางการใช้มาตรการทดแทนการอนุญาตของสหรัฐอเมริกา (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560, น. 51 - 56)

เนื่องจากระบบอนุญาตของสหรัฐอเมริกามีการแบ่งแยกอำนาจกันระหว่างสหพันธรัฐ มลรัฐ และท้องถิ่นอย่างเคร่งครัด ทำให้เป็นไปได้ยากที่จะตรากฎหมายหรือกำหนดแนวทางการปฏิรูประบบอนุญาตทั้งระบบทั่วประเทศ อย่างไรก็ตาม ในบางด้านได้มีความพยายามจากองค์กรต่าง ๆ เพื่อทำการปฏิรูประบบอนุญาต โดยในที่นี้จะยกตัวอย่าง 2 กรณี ได้แก่ ใบอนุญาตประกอบอาชีพ และใบอนุญาตประกอบธุรกิจ

### 1) กรอบแนวทางนโยบายด้านใบอนุญาตประกอบอาชีพ

การออกใบอนุญาตประกอบอาชีพโดยทั่วไปเป็นอำนาจของรัฐบาลมลรัฐ อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 2015 รัฐบาลสหรัฐอเมริกาในสมัยประธานาธิบดีโอบามาได้ออกแนวทางปฏิบัติที่ดีเกี่ยวกับใบอนุญาตประกอบอาชีพ และมาตรการทดแทนระบบอนุญาตไว้สุรูปสาระสำคัญได้ดังนี้

#### (1) แนวปฏิบัติที่ดีสำหรับใบอนุญาต

(1.1) การอนุญาตต้องเกี่ยวข้องใกล้ชิดกับการคุ้มครองความปลอดภัย สาธารณะและสาธารณสุข และต้องไม่มีขอบเขตกว้างขวางหรือเป็นภาระจนเกินไป ได้แก่

- พิจารณาเลือกใช้วิธีจดทะเบียนหรือการรับรองโดยสมัครใจ แทน หากไม่มีประโยชน์สาธารณะที่หนักแน่นมากนัก
- เงื่อนไขสารบัญญัติของการอนุญาต อาทิ การศึกษา ประสบการณ์ ต้องเกี่ยวข้องใกล้ชิดกับปัญหาที่ต้องการจะแก้ไข
- ลดภาระด้านกระบวนการในการขอรับใบอนุญาต ค่าธรรมเนียม เอกสาร และระยะเวลาที่ใช้
- ในกรณีที่ต้องใช้วิธีอนุญาต ควรยินยอมให้ผู้รับใบอนุญาต ให้บริการที่เกี่ยวข้องอาชีพนั้น ๆ ได้เต็มขอบเขตของอาชีพ แม้บริการดังกล่าวจะทับซ้อนกับอาชีพอื่นก็ตาม
- พิจารณาไม่ให้เงื่อนไขการขอใบอนุญาตเป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดของบุคคลที่พร้อมด้วยคุณสมบัติ โดยเฉพาะต่อบุคคลที่มีประวัติอาชญากรรม แรงงานต่างด้าว และครอบครัวของทหาร

(1.2) การพิจารณาด้านทุนและผลประโยชน์อย่างระมัดระวัง ได้แก่

- ประเมินความคุ้มค่าโดยกฎหมายประเมินความจำเป็น (sunrise) และกฎหมายประเมินผลกระทบ (sunset) โดยพิจารณาในเรื่องต่าง ๆ เช่น การมีอยู่ของ ประโยชน์สาธารณะที่เกี่ยวข้อง วิธีการอื่นเพียงพอที่จะคุ้มครองผู้บริโภคหรือไม่ ผลต่อตลาดแรงงาน ผลต่อราคาสินค้าและบริการ ค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการ เป็นต้น
- ปรับปรุงกลไกการประเมินความคุ้มค่า เช่น การอุดหนุน ทรัพยากรที่จำเป็นสำหรับหน่วยงานที่ประเมินความคุ้มค่า การลดอิทธิพลทางการเมืองที่มีต่อการ ประเมินความคุ้มค่า การจัดตั้งคณะกรรมการพิเศษภายใต้ฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อพิจารณากฎหมาย เกี่ยวกับใบอนุญาตประกอบอาชีพในภาพรวม หรือการกำหนดจำนวนคะแนนเสียงขั้นต่ำของ คณะกรรมการในสภาหรือสภาที่ใช้ในการผ่านกฎหมายโดยไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำของหน่วยงาน ที่มีหน้าที่ทบทวนหรือประเมินความเหมาะสมของกฎหมาย
- เพิ่มตัวแทนภาคประชาชนในคณะกรรมการวิชาชีพ

(1.3) การลดอุปสรรคในการเคลื่อนย้ายแรงงานอันเนื่องจากระบบอนุญาต ได้แก่

- ปรับเปลี่ยนเงื่อนไขการออกใบอนุญาตในแต่ละมลรัฐให้ใกล้เคียงกันมากที่สุด
- จัดทำข้อตกลงระหว่างมลรัฐเพื่อยอมรับใบอนุญาตระหว่างกัน และในการจัดทำข้อตกลงฯ ควรหลีกเลี่ยงการกีดกันบุคคลที่มีประวัติอาชญากรรม หรือการใช้เงื่อนไขของมลรัฐที่เข้มงวดมากที่สุด
- หากยากที่จะกำหนดมาตรฐานร่วมกันระหว่างมลรัฐ ควรพิจารณาสร้างกลไก 2 ระดับ คือ กลไกที่ยินยอมให้เฉพาะผู้ประกอบการอาชีพที่ผ่านมาตรฐานขั้นสูงสามารถประกอบอาชีพในอีกมลรัฐได้ด้วยกระบวนการพิเศษ ส่วนผู้ประกอบการที่ไม่ผ่านมาตรฐานขั้นสูงต้องขออนุญาตตามระบบปกติ

## (2) มาตรการทดแทนระบบอนุญาต

รายงานของรัฐบาลได้เสนอมาตรการทดแทนการใช้ระบบอนุญาตไว้ดังนี้

(2.1) การรับรอง (certification) การจำกัดสิทธิในการใช้ชื่อตำแหน่งให้แก่บุคคลที่ผ่านคุณสมบัติมาตรฐานและได้รับการรับรอง เป็นวิธีการให้ข้อมูลเกี่ยวกับคุณภาพของผู้ให้บริการแก่ผู้บริโภค ซึ่งทำให้ผู้บริโภคสามารถเลือกคุณภาพของบริการได้ด้วยตนเองโดยไม่จำกัดบุคคลอื่นในการเข้าสู่ตลาดอาชีพนั้น ๆ ทั้งนี้ การรับรองดังกล่าวอาจกระทำโดยรัฐบาลองค์กรที่รัฐบาลกำหนด หรือองค์กรภาคเอกชนก็ได้ ดังนั้น การใช้วิธีการรับรองจึงเหมาะสมกับกรณีที่คุณภาพของบริการที่ต่ำไม่ได้ก่อให้เกิดผลร้ายแรงนัก แต่ไม่เหมาะสมสำหรับกรณีที่ผู้ใช้บริการอาจตัดสินใจอย่างไม่เหมาะสมหรือเป็นอันตราย หรือเมื่อการตัดสินใจเลือกใช้บริการอาจมีผลกระทบต่อบุคคลอื่น โดยเฉพาะในกรณีที่รัฐบาลยินยอมให้องค์กรเอกชนเป็นองค์กรผู้รับรองคุณภาพได้โดยเสรีก็อาจเกิดผลทำให้ผู้บริโภคไม่สามารถแยกแยะคุณภาพของผู้ได้รับการรับรองขององค์กรเอกชนแต่ละแห่งได้ ทั้งนี้ ในกรณีการรับรอง รัฐบาลอาจกำหนดกลไกในการเพิกถอนการรับรองคุณสมบัติโดยรัฐไว้ก็ได้

(2.2) การจดทะเบียน (registration) การจัดทำทะเบียนรายชื่อผู้ประกอบการของทางรัฐบาลจะเป็นประโยชน์ในการติดต่อและค้นหาผู้ประกอบการอาชีพนั้นในกรณีที่มีเรื่องร้องเรียนจากผู้ให้บริการ อีกทั้งยังเป็นฐานข้อมูลจำนวนผู้ประกอบการอาชีพให้กับรัฐบาลได้นอกจากนี้ รัฐบาลอาจพิจารณากำหนดคุณสมบัติขั้นต่ำ เช่น การกำหนดให้จัดส่งเอกสารหรือข้อมูลรับรองคุณสมบัติบางประการ สำหรับการขอจดทะเบียนได้ ดังนั้น ระบบการจดทะเบียนจึงเหมาะสมกับกรณีที่เป็นอันตรายกับผลประโยชน์สาธารณะเพียงเล็กน้อย และมีวิธีการทางกฎหมายอื่นที่

สามารถเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้อยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม การจดทะเบียนอาจไม่เหมาะสมกับกรณี  
ที่รัฐบาลต้องการให้ผู้ประกอบอาชีพพัฒนาทักษะความรู้หรือคุณภาพของบริการอย่างสม่ำเสมอ

(2.3) การบังคับวางประกัน (mandatory bonding) การกำหนดให้  
ผู้ประกอบอาชีพคงเงินตามจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อเป็นประกันในการชดเชยค่าเสียหายของ  
ผู้ให้บริการ ซึ่งในกรณีเช่นนี้จะทำให้ผู้ให้บริการมีแรงจูงใจที่จะต้องให้บริการที่มีคุณภาพสูงขึ้น และ  
ทำให้ผู้ให้บริการมีความมั่นใจมากขึ้นว่าตนจะได้รับการชดเชยในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้น  
นอกจากการบังคับให้วางประกันดังกล่าวแล้ว รัฐบาลอาจอนุญาตให้ผู้ประกอบอาชีพซื้อประกัน  
การประกอบอาชีพแทนการวางเงินประกันก็ได้ โดยในกรณีนี้ การยินยอมรับประกันของบริษัทประกันภัย  
ย่อมแสดงให้เห็นว่าคุณภาพของผู้ประกอบอาชีพรายนั้น ๆ มีคุณภาพที่ดีพอสมควร

(2.4) การกำกับดูแลกิจการหรือสถานประกอบการโดยตรง (Direct  
Regulation of Firms and Establishments) ในบางกรณีการตรวจสอบดูแลกิจการหรือสถาน  
ประกอบการอาจมีประสิทธิภาพมากกว่าและเป็นภาระน้อยกว่าการใช้ระบบอนุญาตก็ได้ โดยในหลาย  
กรณี การใช้ระบบอนุญาตอาจไม่เกี่ยวข้องกับคุณภาพของบริการมากนัก เนื่องจากหน่วยงานผู้กำกับ  
ดูแลอาจปล่อยปละละเลยไม่กำกับดูแลอย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร หรือทำการกำกับดูแลเฉพาะ  
กรณีที่มีการร้องเรียนด้วยคุณภาพเท่านั้น ในกรณีเช่นนี้ การเข้าตรวจสอบสถานที่ประกอบการ  
โดยตรงเป็นระยะ ๆ อาจมีประสิทธิภาพมากกว่า อีกทั้งไม่เป็นการกีดกันแรงงานบางส่วนออกจาก  
ตลาดแรงงานด้วย

## 2) ตัวอย่างการปฏิรูประบบใบอนุญาตประกอบธุรกิจของนครซิดนีย์

### (1) สภาพปัญหา

ในช่วงปี ค.ศ. 2011 นครซิดนีย์ตระหนักถึงปัญหาความซับซ้อนของ  
ระบบใบอนุญาตประกอบธุรกิจในเมืองที่ทำให้เกิดต้นทุนจำนวนมากกับผู้ประกอบการในเมือง  
โดยเฉพาะผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม โดยในขณะนั้นนครซิดนีย์มีจำนวนใบอนุญาต  
ประกอบธุรกิจจำนวน 117 ประเภท และก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายด้านค่าธรรมเนียมใบอนุญาตต่อธุรกิจ  
ขนาดกลางและขนาดย่อม 10,000 แห่ง เป็นมูลค่าปีละกว่า 2 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

จากการศึกษาของคณะทำงานของนายกเทศมนตรีนครซิดนีย์ พบว่า  
ใบอนุญาตจำนวนมากเป็นใบอนุญาตที่มีมานานและไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ปัจจุบัน นอกจากนี้  
ใบอนุญาตบางประเภทยังถูกใช้อย่างผิดวัตถุประสงค์ กล่าวคือ หน่วยงานผู้กำกับดูแลใช้ระบบอนุญาต  
เป็นเพียงช่องทางในการติดตามข้อมูลทางธุรกิจเท่านั้น มิได้ใช้เป็นช่องทางในการปกป้องคุ้มครอง  
ประโยชน์สาธารณะตามความมุ่งหมายที่ควรจะเป็น

## (2) แนวทางการปฏิรูป

นอกจากการนำเทคโนโลยีสารสนเทศเข้ามาใช้ในการปฏิรูปเพื่อลดขั้นตอนและอำนวยความสะดวกในการขอใบอนุญาตแล้ว คณะทำงานยังได้ตราข้อบัญญัตินครชิคาโกเป็นการเฉพาะเพื่อปฏิรูประบบอนุญาต โดยมีแนวทางสำคัญ ได้แก่ การแบ่งประเภทใบอนุญาตใหม่ ออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่

(2.1) ใบอนุญาตประกอบธุรกิจแบบจำกัด (Limited Business Licenses) ซึ่งเป็นใบอนุญาตทั่วไปสำหรับธุรกิจประเภทต้องได้รับก่อนการประกอบธุรกิจในนครชิคาโก โดยใบอนุญาตดังกล่าวจะใช้ประโยชน์ในการเก็บภาษีและเป็นข้อมูลธุรกิจเป็นหลัก เช่น ธุรกิจขายปลีก ธุรกิจตัวแทน เป็นต้น

(2.2) ใบอนุญาตประกอบธุรกิจที่ต้องกำกับดูแล (Regulated Business Licenses) ซึ่งเป็นใบอนุญาตทั่วไปสำหรับธุรกิจที่จำเป็นต้องมีการกำกับดูแลในระดับปานกลาง เช่น ธุรกิจโรงแรม ธุรกิจซ่อมแซมในบ้าน ธุรกิจพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น

(2.3) ใบอนุญาตประกอบธุรกิจเฉพาะ (Specific Business Licenses) ซึ่งเป็นใบอนุญาตสำหรับธุรกิจที่ต้องมีการกำกับดูแลเป็นการเฉพาะ เช่น ธุรกิจขายสุรา ธุรกิจยาสูบ ธุรกิจนวด ธุรกิจดูแลเด็ก ธุรกิจดูแลสัตว์ เป็นต้น

นครชิคาโกได้ใช้การจัดกลุ่มใบอนุญาตข้างต้นเป็นฐานในการพิจารณาว่าควรยกเลิก ควบรวม หรือคงไว้ซึ่งใบอนุญาตประเภทใด โดยพิจารณาประกอบกับเป้าหมายที่ต้องการจะลดต้นทุนการบังคับใช้ใบอนุญาตประกอบธุรกิจที่ไม่ได้เป็นปัญหาภัยกับประชาชน สาธารณะมากนัก และทู่เมทริพยากรการบังคับใช้ดังกล่าวให้แก่ธุรกิจที่มีความเสี่ยงจะก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้บริโภค การฉ้อโกง หรือการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม โดยเมื่อพิจารณาแล้วปรากฏผลว่า นครชิคาโกสามารถลดจำนวนใบอนุญาตจาก 117 ประเภท เหลือเพียง 49 ประเภท นครชิคาโกยังลดภาระการขอใบอนุญาตโดยการกำหนดหลักเกณฑ์ไม่ให้ผู้ประกอบการต้องขอรับใบอนุญาตธุรกิจแบบจำกัดซึ่งเป็นใบอนุญาตทั่วไปซ้ำอีก หากผู้ประกอบการดังกล่าวได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจที่ต้องกำกับดูแลหรือใบอนุญาตประกอบธุรกิจเฉพาะแล้ว ทำให้ลดความจำเป็นในการขอใบอนุญาตซ้ำซ้อนหลายใบ นอกจากนี้ นครชิคาโกยังได้กำหนดใบอนุญาตประเภทใหม่ที่เรียกว่า “ใบอนุญาตธุรกิจที่เกิดขึ้นใหม่ (Emerging Business Permit)” เพื่อออกให้แก่ธุรกิจที่ไม่อาจจัดประเภทลงในขอบเขตของประเภทธุรกิจเดิมและอยู่ระหว่างการทดลองประกอบกิจการ โดยยังไม่อาจทราบได้ว่าจะก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อความปลอดภัยหรือประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ซึ่งใบอนุญาตประเภทนี้มีประโยชน์ในการลดความจำเป็นที่ต้องสร้างใบอนุญาตประเภทใหม่ ๆ ขึ้นทุกครั้งที่มีการประกอบธุรกิจประเภทใหม่เกิดขึ้น ทำให้นครชิคาโกสามารถรองรับความคิดสร้างสรรค์ทางธุรกิจได้ดียิ่งขึ้น

## (3) มาตรการทางเลือกอื่น

นอกจากทางเลือกต่าง ๆ ที่ได้นำเสนอมาข้างต้นแล้ว ในบริบทที่แตกต่างกันผู้กำหนดนโยบายอาจพิจารณาเลือกใช้มาตรการอื่น ๆ เพื่อเป็นทางเลือกทดแทนหรือประกอบกับมาตรการอื่นได้ อาทิ

(3.1) การบังคับให้เปิดเผยข้อมูล ซึ่งอาจเหมาะสมในกรณีที่พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้บริโภคมีความสามารถตัดสินใจเลือกบริการที่มีคุณภาพได้เอง เช่น การบังคับให้เปิดเผยข้อมูลด้านโภชนาการแทนการเข้าไปควบคุมและอนุญาตเกี่ยวกับสูตรอาหาร เป็นต้น

(3.2) การใช้กลไกตลาดเพื่อจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดแทนการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานผู้กำกับดูแล เช่น การใช้คาร์บอนเครดิต (carbon credit) แทนการใช้ใบอนุญาตด้านสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

(3.3) การใช้กฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าแทนการขยายขอบเขตการอนุญาต เพื่อให้เกิดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการอันนำมาสู่การรักษาไว้ซึ่งมาตรฐานของบริการบางประเภท

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

(3.5) การใช้โทษทางอาญาหรือโทษทางปกครองแทนการอนุญาต เช่น การเพิ่มโทษทางอาญาของความผิดฐานฆ่าผู้อื่นให้ถึงแก่ความตายแทนการขยายขอบเขตใบอนุญาตการถือครองอาวุธปืน เพื่อลดปัญหาความรุนแรงจากอาวุธปืน เป็นต้น

(จ) การลดภาระในการขออนุญาต (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560, น. 56 - 57)

1) การลดความซับซ้อนของระบบอนุญาต ศูนย์วิจัยแอสซีเพื่อการปกครองและนวัตกรรมประชาธิปไตยได้ให้แนวทางการลดความซับซ้อนของระบบอนุญาตสำหรับรัฐบาลท้องถิ่นไว้จำนวน 5 ข้อ ได้แก่

(1) ประกาศกระบวนการอนุญาตทางออนไลน์ โดยข้อมูลดังกล่าวรวมถึงข้อมูลเพื่อการติดต่อสอบถาม กำหนดเวลาสำหรับกระบวนการแต่ละขั้นตอน ค่าใช้จ่าย วิธีการที่ต้องดำเนินการในแต่ละขั้นตอน ทั้งนี้ ข้อมูลที่ให้แก่ประชาชนควรจะเป็นข้อมูลระยะเวลาการพิจารณาเฉลี่ยตามความเป็นจริง

(2) จัดตั้งศูนย์บริการร่วมด้านใบอนุญาต เพื่อประกาศข้อมูลใบอนุญาตต่าง ๆ ในที่เดียวกัน โดยควรมีการฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ของแต่ละหน่วยงานให้ทราบถึงกระบวนการกว้าง ๆ ในการขอรับใบอนุญาตประเภทอื่นที่ไม่ได้อยู่ในความรับผิดชอบของตน อีกทั้งควรมีการประกาศข้อมูลเป็นหลายภาษาเท่าที่สามารถทำได้

(3) สร้างผู้ปฏิบัติงานให้เป็นผู้บริการลูกค้า และมีการประเมินผลผ่านระบบตัวชี้วัดและเสียงสะท้อนของผู้ใช้บริการ

(4) เริ่มทดลองออกใบอนุญาตประเภทใหม่ให้ครอบคลุมเฉพาะธุรกิจหรือกิจกรรมที่มีขอบเขตจำกัดก่อน แล้วหากได้ผลเป็นที่น่าพึงพอใจจึงนำความคิดเห็นและเสียงตอบรับที่ได้รับการจากการทดลองออกใบอนุญาตประเภทใหม่นั้นไปใช้ปรับปรุงและขยายขอบเขตไปให้กว้างขวางและครอบคลุมกิจกรรมนั้น ๆ มากยิ่งขึ้น

(5) จัดตั้งผู้ตรวจการซึ่งเป็นอิสระสำหรับธุรกิจขนาดย่อม เพื่อเป็นตัวแทนของธุรกิจในการให้คำแนะนำและสะท้อนความคิดเห็นไปยังหน่วยงานที่กำกับดูแล

## 2) บทบัญญัติ “เจ้าคุณปู่” (Grandfather Clause)

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทเฉพาะกาลประเภทหนึ่งที่มีพื้นฐานอยู่บนสิทธิที่ได้รับไว้แล้ว (acquired right) กล่าวคือ กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการหรือทำกิจกรรมที่ต่อมามีการกำหนดให้ขออนุญาตสามารถประกอบกิจการหรือทำกิจกรรมต่อไปได้ โดยไม่ต้องขอรับใบอนุญาตประเภทใหม่หรือไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่ประกาศใช้ใหม่ จนกว่าผู้ประกอบกิจการหรือผู้ทำกิจกรรมรายนั้นจะเลิกประกอบกิจการหรือทำกิจกรรมนั้นไปเอง หรือสามารถขอต่อใบอนุญาตได้โดยไม่ต้องมีคุณสมบัติบางประการที่กำหนดโดยกฎหมาย อาทิ การยกเว้นการทดสอบความรู้เป็นช่างไฟฟ้ารับอนุญาต การยกเว้นไม่ต้องปรับปรุงสระว่ายน้ำหรือสปาให้เป็นไปตามมาตรฐานการก่อสร้างและการออกแบบใหม่ การที่ร้านขายแอลกอฮอล์ที่เปิดอยู่เดิมได้รับการยกเว้นให้สามารถตั้งอยู่ใกล้ชิดกับสถานที่ทางศาสนาได้ต่างจากร้านที่เปิดใหม่ เป็นต้น จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติประเภทนี้มีผลเป็นการลดภาระการปฏิบัติตามกฎระเบียบเกี่ยวกับใบอนุญาตใหม่ให้แก่บุคคลที่ทำกิจกรรมนั้นมาตั้งแต่ก่อนกฎหมายใหม่ประกาศใช้ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติประเภทนี้ก็มิใช่ข้อเสียสำคัญ คือ สร้างความไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการรายใหม่และผู้ประกอบกิจการที่มีอยู่เดิม ในบางครั้งจึงถูกใช้เพื่อให้ประโยชน์ที่ไม่ชอบธรรมแก่ผู้ประกอบการรายเดิม

### 2.4.3 ประเทศญี่ปุ่น

#### (ก) แนวความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบกิจการ

โดยทั่วไปฝ่ายบริหารมีหน้าที่อย่างกว้างขวางในการควบคุมดูแลและจัดการสภาพสังคม ยกตัวอย่างเช่น ดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมซึ่งรวมถึงชีวิต เสรีภาพ อนามัยของประชาชนซึ่งเป็นสมาชิกของสังคมนั้น ๆ ดูแลรักษาสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ สาธารณสมบัติของแผ่นดินซึ่งสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกันของประชาชน นอกจากนี้ ฝ่ายบริหารยังคงมีหน้าที่ประการอื่นอันเกี่ยวเนื่องกับนโยบายสาธารณะ เช่น การควบคุมดูแลพฤติกรรมทางเศรษฐกิจของประชาชนเพื่อให้เกิดการพัฒนาทางเศรษฐกิจไปในทางที่เหมาะสมและสอดคล้องกับแนวทางที่ได้วางกรอบนโยบายไว้ และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวจึงมีความจำเป็นในการที่รัฐจะต้องเข้ามา

แทรกแซงกิจกรรมต่าง ๆ ของประชาชนโดยการจำกัดเสรีภาพในการดำเนินการบางอย่างที่อาจมีความอันตรายหรือไม่สอดคล้องกับนโยบายสาธารณะโดยรวม เช่น การกำหนดให้มีข้อจำกัดห้ามมิให้ประกอบธุรกิจบางประเภท การกำหนดให้มีการดำเนินการบางประการก่อนหรือระหว่างการประกอบกิจการ เป็นต้น ซึ่งเครื่องมือในการควบคุมนั้น โดยทั่วไปมักปรากฏในรูปแบบของมาตรการควบคุมต่าง ๆ ยกตัวอย่างเช่น การขออนุญาต การขอการรับรอง การลงทะเบียน การจัดแจ้งก่อนดำเนินการ และมาตรการอื่น ๆ อีกเป็นจำนวนมาก (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560, น. 59)

### (ข) รูปแบบของมาตรการควบคุม

ได้อธิบายว่า ในทางทฤษฎีสามารถจำแนกประเภทมาตรการควบคุมเหล่านี้ได้ 3 ประเภทหลัก ๆ ดังนี้

ประเภทที่ 1 มาตรการควบคุมที่เคร่งครัดสูงและใช้เวลามาก ได้แก่ กรณีที่การดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดโดยทั่วไปนั้นเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย แต่หากผู้ยื่นคำร้องขอดำเนินการนั้นได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดครบถ้วนสมบูรณ์ทุกประการแล้ว ความต้องห้ามตามกฎหมายนั้นจะถูกยกเลิกโดยคำสั่งของหน่วยงานผู้รับผิดชอบตามกฎหมายหรือผู้ยื่นคำร้องอาจได้สิทธิในการดำเนินการนั้นโดยไม่เป็นการขัดหรือฝ่าฝืนต่อกฎหมาย กรณีเช่นว่านี้ ประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดให้มีเครื่องมือในการอนุญาต เช่น คำสั่งอนุญาต คำสั่งอนุมัติ การออกใบอนุญาต การกำหนดให้เป็นผู้ดำเนินการ เป็นต้น

1) สั่งอนุญาต ในระบบกฎหมายญี่ปุ่นนั้นจะใช้กับกรณีการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งมีสภาพมิได้เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยตรง แต่เนื่องจากมีความจำเป็นในการรักษาผลประโยชน์ของสาธารณะเพราะการดำเนินการนั้นอาจมีผลกระทบอย่างยิ่งยวดต่อชีวิต เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสภาพสังคม จึงได้มีการกำหนดให้ห้ามหรือจำกัดสิทธิในการดำเนินการนั้นไว้ตามกฎหมาย การที่หน่วยงานผู้รับผิดชอบมีคำสั่งอนุญาตจึงมีผลเป็นการยกเลิกบทต้องห้ามนั้นแก่ผู้ยื่นคำร้องเพื่อดำเนินการนั้น ๆ ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติการผังเมือง มาตรา 29 วรรคแรก กำหนดไว้ว่า “ผู้ใดจะดำเนินการพัฒนาในบริเวณเขตพื้นที่ผังเมืองหรือในบริเวณเสมือนเขตพื้นที่ผังเมืองต้องได้รับคำสั่งอนุญาตล่วงหน้าจากผู้ว่าราชการจังหวัดตามระเบียบที่กระทรวงคมนาคมได้กำหนด” ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดเงื่อนไขการอนุญาตไว้อย่างชัดเจนว่ากรณีเช่นใดจะต้องอนุญาตและกรณีใดห้ามมิให้อนุญาต ผู้ว่าราชการจังหวัดมีดุลพินิจในการพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตก็ได้

2) คำสั่งอนุมัติ ในระบบกฎหมายญี่ปุ่นนั้นจะใช้กับกรณีที่กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขหรือมาตรฐานในการดำเนินการของผู้ที่ประสงค์จะดำเนินการ และหากผู้ยื่นคำร้องได้ดำเนินการตามเงื่อนไขหรือมาตรฐานที่ได้กำหนดไว้ครบถ้วนสมบูรณ์แล้ว หน่วยงานที่รับผิดชอบจะมีคำสั่งอนุมัติให้ดำเนินการทันที ซึ่งต่างจากคำสั่งอนุญาต เพราะคำสั่งอนุญาตนั้นหน่วยงานที่รับผิดชอบ

มีอำนาจใช้ดุลพินิจในการพิจารณาออกคำสั่งอนุญาตเป็นราย ๆ ไป แม้ว่าผู้ยื่นคำร้องได้ดำเนินการตามเงื่อนไขครบถ้วนสมบูรณ์ทุกประการแล้วก็ตาม ฝ่ายบริหารก็ยังสามารถใช้ดุลพินิจไม่อนุญาตให้ดำเนินการได้

3) การออกใบอนุญาต มีพื้นฐานมาจากหลักการเดียวกันกับคำสั่งอนุญาต และคำสั่งอนุมัติข้างต้น กล่าวคือ เป็นการที่รัฐยินยอมให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดดำเนินการที่กฎหมายได้จำกัดสิทธิห้ามมิให้ดำเนินการไว้และเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่บุคคลนั้นในการดำเนินการตามคำร้องโดยไม่ขัดหรือฝ่าฝืนต่อกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติการธนาคาร มาตรา 4 บัญญัติไว้ว่า “หากมิใช่ผู้ได้รับใบอนุญาตจากนายกรัฐมนตรียินยอมให้ประกอบกิจการการธนาคาร”

4) การกำหนดให้เป็นผู้ดำเนินการ เป็นกรณีที่รัฐยินยอมให้ผู้ยื่นคำร้องสามารถดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ในฐานะพิเศษยิ่งกว่าการออกคำสั่งอนุญาตทั่วไป ทั้งนี้เนื่องจากการดำเนินการเช่นนั้นมักมีลักษณะเป็นการที่ผู้ยื่นคำร้องมีส่วนร่วมจัดทำบริการสาธารณะ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องควบคุมมาตรฐานการดำเนินการเป็นพิเศษ ดังนั้น การกำหนดให้ผู้ยื่นคำร้องเป็นผู้ดำเนินการ หน่วยงานผู้รับผิดชอบจะต้องพิจารณาถึงมาตรฐานของระบบและความพร้อมของผู้ยื่นคำร้องเป็นสำคัญ เช่น ผู้ที่ประสงค์จะให้บริการเกี่ยวกับการพยาบาลจะต้องยื่นคำร้องขอให้กำหนดให้ตนเป็นผู้ดำเนินการ มิใช่การขออนุญาตหรือขออนุมัติ

ประเภทที่ 2 มาตรการควบคุมที่เคร่งครัดปานกลางและใช้เวลาปานกลาง ได้แก่ กรณีที่หน่วยงานผู้รับผิดชอบได้กำหนดเงื่อนไขของการดำเนินการหรือข้อเท็จจริงบางประการไว้ล่วงหน้าเมื่อผู้ประสงค์จะดำเนินการได้ยื่นคำร้องขอดำเนินการ หน่วยงานผู้รับผิดชอบจะดำเนินการตรวจสอบและพิจารณาว่าผู้ยื่นคำร้องได้ดำเนินการตามมาตรฐานหรือเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้หรือไม่ ซึ่งหากข้อเท็จจริงปรากฏว่าเป็นไปตามเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้หน่วยงานผู้รับผิดชอบจะทำการรับรองการดำเนินการของผู้ยื่นคำร้องอย่างเป็นทางการในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งต่อไป ตัวอย่างของมาตรการประเภทนี้ ได้แก่ การรับรอง การตรวจสอบ การขึ้นทะเบียน

1) การรับรอง ในระบบกฎหมายญี่ปุ่นหมายถึง การยืนยันในสิทธิโดยพิเคราะห์ถึงความมีอยู่ของความสัมพันธ์ทางกฎหมายหรือข้อเท็จจริงบางประการ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการรับรองเป็นองค์กรเพื่อสาธารณประโยชน์กรณีมูลนิธิและสมาคม มาตรา 5 ได้กำหนดให้ “มูลนิธิหรือสมาคมที่ดำเนินกิจการเพื่อสาธารณประโยชน์สามารถรับการรับรองจากหน่วยงานของรัฐได้” เป็นต้น

2) การตรวจสอบ อาจเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนการอนุญาตในการประกอบกิจการบางประเภท หรืออาจเป็นการตรวจสอบภายหลังจากที่ได้รับอนุญาตแล้วเพื่อใช้เป็นเกณฑ์ในการรักษามาตรฐานของการดำเนินการนั้น ๆ แม้ว่าขั้นตอนการขออนุญาตและขั้นตอนการตรวจสอบอาจแยกได้เป็นคนละขั้นตอน แต่ด้วยความที่การตรวจสอบกับคำสั่งอนุญาต

มีความสัมพันธ์กันอย่างยิ่ง ประกอบกับการตรวจสอบส่วนมากเป็นเงื่อนไขของคำสั่งอนุญาต ประเทศญี่ปุ่นจึงจัดให้การตรวจสอบอยู่ในมาตรการควบคุมที่เกี่ยวกับระบบอนุญาตประเภทที่ 2

ประเภทที่ 3 มาตรการควบคุมที่เคร่งครัดน้อยและใช้เวลาน้อย ได้แก่ มาตรการควบคุมที่กำหนดให้ผู้ยื่นคำร้องดำเนินการจดทะเบียนข้อเท็จจริงหรือรายละเอียดบางประการต่อหน่วยงานของรัฐผู้รับผิดชอบ ซึ่งหน่วยงานของรัฐผู้รับผิดชอบมีหน้าที่เพียงยืนยันความครบถ้วนของรายการที่ผู้ยื่นคำร้องได้ทำการจดทะเบียนเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น การแจ้ง การรายงานผล เป็นต้น

1) การแจ้ง เป็นมาตรการควบคุมที่ใช้ในกรณีที่มีการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดไม่ได้เป็นการต้องห้ามหรือขัดต่อกฎหมายโดยตรง แต่อาจมีความเป็นไปได้ว่าการนั้นอาจมีผลกระทบต่อสาธารณสุขในระดับที่ไม่มากถึงขนาดที่จำเป็นต้องใช้มาตรการประเภทที่ 1 หรือ ประเภทที่ 2 หน่วยงานผู้รับผิดชอบจึงอาจกำหนดให้ผู้ประสงค์จะดำเนินการทำการแจ้งก่อนดำเนินการหรือแจ้งหลังดำเนินการก็ได้แล้วแต่กรณี

2) การรายงานผล มีลักษณะคล้ายคลึงกับการแจ้ง แต่ต่างกันที่การรายงานอาจไม่มีการกำหนดให้ต้องทำในรูปแบบอย่างเป็นทางการดังเช่นการแจ้ง

กล่าวโดยสรุป มาตรการควบคุมในระบบกฎหมายญี่ปุ่น ไม่สามารถระบุได้อย่างแน่นอนว่าต้องนำไปใช้กับกิจการประเภทใดตายตัว แต่อาจจำแนกลักษณะได้ดังนี้ ประเภทที่ 1 เป็นประเภทที่มีความเคร่งครัดมากและใช้เวลานานที่สุด มักนำไปใช้ควบคุมการประกอบกิจการที่มีผลกระทบต่อสังคมสูงหรือต้องห้ามตามกฎหมาย เช่น การให้บริการเกี่ยวกับสุขภาพ ธุรกิจเกี่ยวกับการธนาคารและการเงินบางประเภท ประเภทที่ 2 มีความเคร่งครัดปานกลางและใช้เวลาน้อยกว่า มักใช้กับกรณีที่มีผลกระทบต่อสังคมพอสมควรแต่ยังไม่ถึงระดับสูงเช่นกรณีแรก เช่น การรับรองสถานะนิติบุคคลบางประเภท การขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการให้กู้ยืมเงิน ประเภทที่ 3 มีความเคร่งครัดน้อยและใช้เวลาน้อยที่สุด มักถูกนำไปใช้กับกรณีที่มีผลกระทบต่อสังคมน้อยแต่มีความสำคัญต่อการบริหารจัดการที่ดีและป้องกันหรือแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้อย่างเหมาะสม เช่น การซื้อขายตราสารทางการเงินบางประเภท เป็นต้น (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560, น. 58 - 63)

## บทที่ 3

### วิธีการศึกษา

การศึกษา เรื่อง ข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย ตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ผู้ศึกษาได้กำหนดวิธีการศึกษาเชิงคุณภาพโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับระบบอนุญาตและปัญหาของระบบอนุญาต แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ แนวทางการใช้ระบบอนุญาตและการใช้มาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตของต่างประเทศ โดยมีรายละเอียดของวิธีการศึกษา ดังนี้

#### 3.1 ขอบเขตการศึกษา

การศึกษา เรื่อง ข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย ตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ผู้ศึกษามุ่งที่จะศึกษาปัญหาของการใช้ระบบอนุญาต แนวคิดเกี่ยวกับระบบอนุญาต ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับระบบอนุญาต โดยศึกษาประกอบกับแนวทางการใช้ระบบอนุญาตและการใช้มาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตของต่างประเทศ เพื่อให้มาได้ซึ่งข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 77 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยผู้ศึกษาได้กำหนดขอบเขตด้านเนื้อหา แบ่งเป็น แนวคิดเกี่ยวกับระบบอนุญาตและปัญหาการใช้ระบบอนุญาต แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ หลักเกณฑ์ที่รัฐต้องคำนึงในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน และการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญ แนวคิดอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ตลอดจนการใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น เพื่อใช้เป็นข้อมูลอ้างอิงประกอบการวิเคราะห์ประเด็นข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตและการใช้ระบบอื่นแทนระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

#### 3.2 วิธีการศึกษา

การศึกษาเรื่อง เรื่อง ข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย ตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยการศึกษาเอกสาร (Documentary Research) ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ข้อมูลทางกฎหมาย และข้อมูลเอกสาร เช่น วิทยานิพนธ์ เอกสารงานวิจัย บทความวิชาการ และ

ข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเป็นข้อมูลที่ได้รับการบันทึก ตีพิมพ์ เผยแพร่แล้วโดยผู้อื่น จากนั้น จึงนำข้อมูลที่ได้จากการศึกษามวิเคราะห์ สังเคราะห์ และนำเสนอผลการศึกษาในลักษณะเชิงพรรณนา (Descriptive and Analytical Method) เพื่อชี้ให้เห็นถึงแนวคิดเกี่ยวกับระบบอนุญาต ปัญหาของการใช้ระบบอนุญาต ทฤษฎีที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพอันเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญ ในประเทศที่ปกครองระบอบประชาธิปไตย งานศึกษาที่เกี่ยวข้องกับระบบอนุญาตและแนวทางการใช้ มาตรการอื่นที่ใช้แทนระบบอนุญาตของต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการ พิจารณาอนุญาต และข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย ตลอดจนมาตรการ อื่นที่เหมาะสมแทนการใช้ระบบอนุญาตมาใช้ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการพิจารณากฎหมายของฝ่าย นิติบัญญัติให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ทั้งนี้ ผู้ศึกษาได้ดำเนินการโดยมีขั้นตอนในการศึกษา วิธีการในการเก็บรวบรวมข้อมูล และวิธีการวิเคราะห์ ข้อมูล ดังนี้

### 3.2.1 ขั้นตอนการศึกษา

- 1) ศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับระบบอนุญาต และปัญหาของระบบอนุญาต
- 2) ศึกษาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ หลักเกณฑ์ที่รัฐต้องคำนึงในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน การรับรองและคุ้มครองสิทธิและ เสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญ
- 3) ศึกษาแนวคิดอำนาจตุลพินาจของฝ่ายปกครอง อำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่าย ปกครอง
- 4) ศึกษาการใช้ระบบอนุญาตและการใช้มาตรการอื่นแทนระบบอนุญาต ในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น

### 3.2.2 วิธีการวิเคราะห์ข้อมูล

- 1) ศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับระบบอนุญาตและการพิจารณาอนุญาต เพื่อให้ทราบ เกี่ยวกับระบบอนุญาตประเภทต่าง ๆ ที่ใช้ในการควบคุมการประกอบอาชีพและการดำเนินกิจการของ ประชาชน เพื่อใช้เป็นข้อมูลในการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาอนุญาต
- 2) ศึกษาทฤษฎีสิทธิและเสรีภาพ สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ หลักเกณฑ์ที่รัฐ ต้องคำนึงถึงในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน และทฤษฎีอำนาจตุลพินาจของฝ่ายปกครอง เพื่อศึกษาเกี่ยวกับหลักที่ต้องใช้ในการพิจารณาเมื่อมีการตรากฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ ของประชาชนในการประกอบอาชีพหรือการดำเนินกิจการ เพื่อเป็นข้อมูลประกอบการวิเคราะห์ ข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย และข้อพิจารณาที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้อง คำนึงถึงเมื่อมีการตรากฎหมายที่จะต้องใช้ระบบอนุญาต เพื่อให้เป็นไปตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

3) ศึกษาาระบบอนุญาตและมาตรการอื่นที่ใช้แทนระบบอนุญาตของต่างประเทศ เพื่อศึกษาว่าแต่ละประเทศมีการใช้ระบบอนุญาตเพื่อควบคุมการดำเนินกิจการหรือการประกอบอาชีพของบุคคลในกรณีใดบ้าง รวมทั้งข้อพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติกรณีการตรากฎหมายที่จะต้องใช้ระบบอนุญาต หรือการใช้มาตรการอื่นที่เหมาะสมแทนระบบอนุญาต เพื่อเป็นข้อมูลประกอบการวิเคราะห์และนำเสนอเป็นข้อพิจารณาที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงเมื่อมีการตรากฎหมายที่จะต้องใช้ระบบอนุญาต หรือการใช้มาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตของประเทศไทย

### 3.3 ระยะเวลาในการศึกษา

ผู้ศึกษากำหนดระยะเวลาการดำเนินการศึกษา จำนวน 6 เดือน แบ่งเป็น

- |                                 |                               |
|---------------------------------|-------------------------------|
| 1) นำเสนอเค้าโครงการศึกษา       | เดือนตุลาคม 2564              |
| 2) ดำเนินการศึกษา               | เดือนพฤศจิกายน - ธันวาคม 2564 |
| 3) วิเคราะห์และสรุปผลการศึกษา   | เดือนมกราคม 2565              |
| 4) นำเสนอผลการศึกษา             | เดือนกุมภาพันธ์ 2565          |
| 5) นำเสนอผลการศึกษาระดับสมบูรณ์ | เดือนมีนาคม 2565              |

การวิเคราะห์ปัญหาของระบบอนุญาตและ  
ข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 วรรคสาม บัญญัติให้รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง และพัฒนาให้สอดคล้องกับหลักสากล โดยให้มีการใช้ระบบอนุญาตเพื่อให้การทำงานเกิดความคล่องตัว โดยมีผู้รับผิดชอบที่ชัดเจนและไม่สร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น รวมทั้งเพิ่มความสามารถในการแข่งขันของประเทศ และป้องกันการทุจริตและประพฤติมิชอบ

จากการศึกษาแนวคิดของระบบอนุญาตทำให้ทราบว่า ระบบอนุญาตเป็นเครื่องมือทางกฎหมายสำคัญในการกำกับดูแลการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ อันเป็นหลักประกันในการควบคุมกำกับดูแลกิจการต่าง ๆ ให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม และช่วยป้องกันมิให้ก่อความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลและประโยชน์ส่วนรวมทั้งในด้านสุขอนามัย สังคม และสิ่งแวดล้อม แต่ระบบอนุญาตก็เป็นกลไกที่กระทบต่อการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการดำเนินกิจกรรมและการประกอบอาชีพ รวมทั้งยังเป็นอุปสรรคต่อการลงทุนและการพัฒนาภาคเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมด้วย ดังนั้น ในบทนี้ ผู้ศึกษาจะได้นำเสนอการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาของระบบอนุญาตในกฎหมาย และวิเคราะห์ข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย รวมทั้งข้อพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องคำนึงถึงเมื่อมีการตรากฎหมายที่จะต้องใช้ระบบอนุญาต หรือการใช้มาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตของประเทศไทย ดังนี้

#### 4.1 ปัญหาของระบบอนุญาตในกฎหมาย

ปัจจุบันพบว่ามีความหมายในระดับพระราชบัญญัติที่กำกับดูแลเกี่ยวกับการประกอบกิจการหรือเพื่อการประกอบอาชีพที่ใช้ระบบใบอนุญาตจำนวน 149 ฉบับ โดยยังไม่รวมมาตรการควบคุมการประกอบกิจการในลักษณะอื่น เช่น การจดทะเบียนหรือขึ้นทะเบียน การรับรอง หรือการจดทะเบียน เป็นต้น อีกทั้งยังมีการออกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ และกระบวนงาน ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตเป็นจำนวนมาก โดยที่ผ่านมามีภาครัฐได้ตระหนักถึงปัญหาการใช้ระบบอนุญาตเกินความจำเป็น โดยเฉพาะในเรื่องการประกอบกิจการและการประกอบอาชีพของประชาชน และได้มีความพยายาม

ในการจำกัดการใช้ระบบอนุญาตมาอย่างต่อเนื่องตั้งแต่ปี พ.ศ. 2544 โดยคณะรัฐมนตรีได้มีมติแต่งตั้งคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ ตรวจสอบกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาต ในปี พ.ศ. 2558 ได้มีการตราพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558 เพื่อให้มีการทบทวนการใช้ระบบอนุญาตเท่าที่จำเป็นทุก 5 ปี รวมทั้งได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาการทบทวนความเหมาะสมของกฎหมาย พ.ศ. 2558 ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้ระบบคณะกรรมการ การอนุมัติ การอนุญาต ใบอนุญาต ระบบการจดทะเบียน หรือระบบอื่นที่กำหนดขึ้นเพื่อกำกับหรือควบคุม เพียงเท่าที่จำเป็น อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารัฐจะมีความพยายามในการจำกัดและลดการใช้ระบบอนุญาต แต่ปรากฏว่าการตรากฎหมายที่ใช้ระบบอนุญาตก็ยังไม่ลดลง จากข้อมูลซึ่งรวบรวมโดยกองกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (ข้อมูล ณ กันยายน ๒๕๖๐) มีกฎหมายที่กำหนดเรื่องการอนุญาต เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพ จำนวน 97 ฉบับ แบ่งเป็น

1. กลุ่มกฎหมายด้านการประกอบอาชีพและกิจการ จำนวน 63 ฉบับ ได้แก่
  - 1) พระราชบัญญัติว่าด้วยสภาอากาศไทย พุทธศักราช 2461
  - 2) พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พุทธศักราช 2474
  - 3) พระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478
  - 4) ประมวลรัษฎากร (พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากร พุทธศักราช 2481)
  - 5) พระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิการประมง ในเขตต์การประมงไทย พุทธศักราช 2482
  - 6) พระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน พุทธศักราช 2485
  - 7) พระราชบัญญัติการค้าข้าว พุทธศักราช 2489
  - 8) พระราชบัญญัติอารูปีน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอารูปีน พ.ศ. 2490
  - 9) พระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง พ.ศ. 2493
  - 10) พระราชบัญญัติจัดระเบียบกิจการแพปลา พ.ศ. 2496
  - 11) พระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ. 2498
  - 12) พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. 2505
  - 13) พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509
  - 14) พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514
  - 15) พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522
  - 16) พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522

17) พระราชบัญญัติการส่งออกป็นอกและการนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า

พ.ศ. 2522

- 18) พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522
- 19) พระราชกำหนดควบคุมสินค้าตามชายแดน พ.ศ. 2524
- 20) พระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527
- 21) พระราชบัญญัติสถานพยาบาลสัตว์ พ.ศ. 2533
- 22) พระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ. 2535
- 23) พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535
- 24) พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535
- 25) พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535
- 26) พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535
- 27) พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535
- 28) พระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์พ.ศ. 2541
- 29) พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541
- 30) พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม

พ.ศ. 2542

- 31) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542
- 32) พระราชบัญญัติกีฬามวย พ.ศ. 2542
- 33) พระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. 2542
- 34) พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542
- 35) พระราชบัญญัติการค้าน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2543
- 36) พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543
- 37) พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544
- 38) พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544
- 39) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ. 2545
- 40) พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546
- 41) พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546
- 42) พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547
- 43) พระราชบัญญัติการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ พ.ศ. 2548
- 44) พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550

- 45) พระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550
  - 46) พระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2550
  - 47) พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551
  - 48) พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551
  - 49) พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551
  - 50) พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551
  - 51) พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551
  - 52) พระราชบัญญัติลูกเสือ พ.ศ. 2551
  - 53) พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553
  - 54) พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558
  - 55) พระราชบัญญัติคลังสินค้า ไซโล และห้องเย็น พ.ศ. 2558
  - 56) พระราชบัญญัติธุรกิจรักษาความปลอดภัย พ.ศ. 2558
  - 57) พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558
  - 58) พระราชบัญญัติหอพัก พ.ศ. 2558
  - 59) พระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. 2559
  - 60) พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560
  - 61) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560
  - 62) พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560
  - 63) พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560
2. กลุ่มกฎหมายด้านความปลอดภัยและสวัสดิภาพของประชาชน จำนวน 34 ฉบับ
- 1) พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456
  - 2) พระราชบัญญัติเรือไทย พระพุทธศักราช 2481
  - 3) พระราชบัญญัติควบคุมการเรียไร พระพุทธศักราช 2487
  - 4) พระราชบัญญัติควบคุมโรคภัยพิบัติ พ.ศ. 2495
  - 5) พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497
  - 6) พระราชบัญญัติกักพืช พ.ศ. 2507
  - 7) พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510
  - 8) ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 (การควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน) ลงวันที่ 26 มกราคม พุทธศักราช 2515

9) ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 253 (ควบคุมการจำหน่ายและดื่มสุรา ณ สถานที่ขายสุรา) ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2515

- 10) พระราชบัญญัติปุ๋ย พ.ศ. 2518
- 11) พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522
- 12) พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522
- 13) พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522
- 14) พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522
- 15) พระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522
- 16) พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522
- 17) พระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน พ.ศ. 2528
- 18) พระราชบัญญัติควบคุมยุทธภัณฑ์ พ.ศ. 2530
- 19) พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535
- 20) พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง

พ.ศ. 2535

- 21) พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535
- 22) พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541
- 23) พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2542
- 24) พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546
- 25) พระราชบัญญัติโรงงานผลิตอาวุธของเอกชน พ.ศ. 2550
- 26) พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. 2551
- 27) พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน

พ.ศ. 2554

28) พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

- 29) พระราชบัญญัติเชื้อโรคและพิษจากสัตว์ พ.ศ. 2558
- 30) พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ. 2558
- 31) พระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. 2558
- 32) พระราชบัญญัติควบคุมการฆ่าสัตว์เพื่อการจำหน่ายเนื้อสัตว์ พ.ศ. 2559
- 33) พระราชบัญญัติพลังงานนิวเคลียร์เพื่อสันติ พ.ศ. 2559
- 34) พระราชบัญญัติวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท พ.ศ. 2559

จากการศึกษาพบปัญหาของการใช้ระบบอนุญาตหรือการออกใบอนุญาต ดังนี้

1) ปัญหาการค่าใช้จ่ายในการขออนุญาต กระบวนการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ ในแต่ละครั้งมักจะมีค่าใช้จ่ายเกิดขึ้น เช่น ค่าธรรมเนียม ค่าภาษีอากร ค่าบริการต่าง ๆ เป็นต้น แม้ว่าการขออนุญาตในแต่ละครั้งอาจจะมีค่าใช้จ่ายไม่มาก แต่หากมีการประเมินต้นทุนของการขออนุญาต จะต้องคำนึงถึงความถี่ในการขออนุญาตประกอบด้วย เช่นว่าบางกรณีต้นทุนในการขออนุญาตแต่ละครั้งจะต่ำ แต่หากในรอบหนึ่งปีมีการขอต่ออายุการอนุญาตหลายครั้ง หรือบางกรณีการดำเนินการกิจกรรมอย่างหนึ่งต้องขอใบอนุญาตหลายประเภทก็ทำให้ต้นทุนรวมเป็นจำนวนสูงได้เช่นกัน อีกทั้งยังมีค่าใช้จ่ายอันเกิดขึ้นจากการที่ประชาชนผู้ประกอบการมีหน้าที่ต้องดำเนินการตามกระบวนการหรือขั้นตอนต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดอันถือเป็นต้นทุนในการประกอบการ นอกจากต้นทุนที่คำนวณเป็นเงินแล้ว ยังมีต้นทุนแฝงที่เกิดจากความล่าช้าในการพิจารณาอนุญาตที่ยากจะคำนวณเป็นเงิน แต่กระทบต่อผู้ประกอบการธุรกิจเป็นอย่างมาก เช่น การขาดรายได้จากการแสวงหากำไรในทางธุรกิจ การเสียลูกค้า การเสียเปรียบคู่แข่งทางธุรกิจ เป็นต้น นอกจากผลกระทบดังกล่าวแล้ว ระบบอนุญาตยังเป็นข้อจำกัดในการพัฒนานวัตกรรมอีกด้วย

จากการศึกษารายงานฉบับสมบูรณ์ ผลการศึกษาวิเคราะห์ทบทวนกฎหมาย กฎระเบียบ ข้อบังคับและกระบวนการงานที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาต เพื่อปรับปรุง แก้ไขกระบวนการ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตในประเทศไทย และผลการวิเคราะห์ผลการประเมินเชิงต้นทุนและผลประโยชน์เชิงเศรษฐศาสตร์ โดยสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย ซึ่งได้มีการทบทวนความเหมาะสมของกระบวนการงานของการอนุญาต โดยจะแบ่งเป็น 2 ส่วน ส่วนแรกคือการทบทวนด้านกฎหมาย ซึ่งมีการนำกรอบการทบทวน หรือ check list มาใช้ ส่วนที่สองคือการวิเคราะห์เชิงเศรษฐศาสตร์ ซึ่งเป็นการประเมินต้นทุนในการปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาต ซึ่งมีหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่ชัดเจน โดยการทบทวนทุกกระบวนการงานจะต้องใช้ checklist ที่เป็นมาตรฐานเดียวกันทั้งหมด ทั้งนี้ การประเมินต้นทุนจะแบ่งประเภทต้นทุนที่นำมาคำนวณออกเป็นสามส่วน ส่วนแรก คือต้นทุนค่าดำเนินการ ซึ่งมีรายการสำคัญคือค่าจ้าง บุคลากร จำนวนคำขอต่อปี (จำนวนธุรกิจหรือประชาชนที่ขอรับบริการ) และความถี่ที่ต้องติดต่อหน่วยงาน ส่วนที่สองคือ ต้นทุนอื่น ๆ ได้แก่ ค่าใช้จ่ายการเตรียมเอกสารทุกรายการ (เช่น หนังสือรับรองแพทย์ ใบรับรอง ผลการทดสอบต่าง ๆ) ค่าเดินทางในการติดต่อหน่วยงาน ค่าใช้จ่ายในการรับและส่งเอกสาร เป็นต้น สำหรับต้นทุนส่วนที่สามคือ ต้นทุนค่าเสียโอกาส จะคำนวณในกรณีที่มีการอนุญาตที่กำหนดให้ต้องมีการวางหลักทรัพย์ ค้ำประกันที่เป็นเงินสดเท่านั้น ซึ่งจะมีค่าเสียโอกาสที่เป็นดอกเบี้ยของเงินหลักประกัน และกรณีที่ต้องรอเวลาการพิจารณาอนุมัติทำให้ไม่สามารถเริ่มธุรกิจได้ หรือทำให้ธุรกิจต้องหยุดชะงัก ค่าเสียโอกาสคือ กำไรที่สูญเสียไปในระหว่างที่รอการอนุมัติ นอกจากนี้ ยังไม่รวมถึงต้นทุนที่ภาครัฐต้องรับภาระในการการออกใบอนุญาต เช่น เงินเดือน

เจ้าหน้าที่ที่ต้องรับเรื่อง เบี้ยประชุมกรรมการที่ต้องพิจารณาอนุมัติ ค่าเช่าสถานที่ในการรับคำขออนุญาต เป็นต้น ซึ่งจากข้อมูลในรายงานการศึกษาพบว่า ผลการประเมินภาระที่เกิดจากการปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตรวม 1,094 กระบวนงาน ทำให้เกิดต้นทุนแก่ภาคประชาชนและภาคธุรกิจเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาตที่นำมาทบทุนเท่ากับ 242,134 ล้านบาทต่อปี โดยในส่วนของภาครัฐเฉพาะค่าใช้จ่ายบุคลากรสำหรับผู้ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาต มีต้นทุนบุคลากรรวมทั้งสิ้น 36,705 ล้านบาท (สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, รายงานฉบับสมบูรณ์ ผลการศึกษาวิเคราะห์ทบทุนกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับและกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาต เพื่อปรับปรุง แกไขกระบวนการ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตในประเทศไทย และผลการวิเคราะห์ผลการประเมินเชิงต้นทุนและผลประโยชน์เชิงเศรษฐศาสตร์, ออนไลน์)

## 2) ปัญหาระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาต

โดยที่การออกใบอนุญาตหนึ่งมีกระบวนการที่เกี่ยวข้องหลายกระบวนการ ในแต่ละกระบวนการจะประกอบด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไขในการยื่นคำขอ ขั้นตอน ระยะเวลาแต่ละขั้นตอน รายการเอกสารที่ต้องใช้ ค่าธรรมเนียม ฯลฯ เช่น ใบอนุญาตประกอบกิจการโรงแรม มีกระบวนการ ได้แก่ (1) การยื่นขออนุญาต (2) การออกใบอนุญาต (3) การตรวจสอบสถานที่ (4) การขอต่ออายุใบอนุญาต (5) การโอนใบอนุญาต และ (6) การเลิกกิจการ

กระบวนการที่เกี่ยวข้องระบบอนุญาต ได้แก่

1. การขออนุญาต ต้องมีกรอกแบบฟอร์ม ซึ่งหน่วยงานราชการบางแห่งจะต้องมีการไปติดต่อ และไปพบกับเจ้าหน้าที่ราชการ

2. มีกรอบระยะเวลาการขออนุญาต ตามที่กำหนดไว้ หากเกินระยะเวลาที่กำหนดไม่สามารถขอใบอนุญาตได้

3. ขั้นตอนการแสดงเอกสารหลักฐานต่อเจ้าหน้าที่

4. กระบวนการพิจารณาว่าจะได้รับการอนุญาตหรือไม่

5. ขั้นตอนการออกใบอนุญาต

6. ขั้นตอนการเสียค่าธรรมเนียม

7. ขั้นตอนการต่อใบอนุญาต

8. การอุทธรณ์การขอใบอนุญาต

9. การขออนุญาตเรื่องเดียวแต่มีความเกี่ยวข้องกับใบอนุญาตหลายใบ

เนื่องจากระบบราชการจะถูกออกแบบให้มีกลไกที่ซับซ้อน มีกระบวนการในการพิจารณาหลายขั้นตอน การอนุญาตจำนวนมากใช้เวลานานเกินควร เนื่องจากการพิจารณาส่วนใหญ่ใช้ระบบคณะกรรมการที่มีตัวแทนจากบุคคลและหน่วยงานภายนอกจำนวนมาก ขาดการเชื่อมโยงข้อมูล

กันระหว่างหน่วยงานราชการเอง อีกทั้งปัญหาการใช้เอกสารที่มากเกินไปจนเกิดความจำเป็นซึ่งมีสาเหตุส่วนหนึ่งมาจากการขาดการเชื่อมโยงข้อมูลกันระหว่างหน่วยงาน โดยผลักรงให้ประชาชนเป็นผู้เตรียมเอกสาร ทำให้การพิจารณาอนุญาตหรือการออกใบอนุญาตมีความล่าช้า

### 3) ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาของเจ้าหน้าที่

เนื่องจากอำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีและตัดสินใจใช้อำนาจได้อย่างอิสระภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองมักปรากฏอยู่ในองค์ประกอบส่วนผลของบทบัญญัติของกฎหมายหรือที่เรียกว่า “อำนาจดุลพินิจตัดสินใจ” ซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองที่จะเลือกกระทำการ หรือไม่กระทำการ หรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ในบรรดาทางเลือกหลายประการที่กฎหมายกำหนดไว้ ทั้งนี้ การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาอนุญาตสามารถเกิดขึ้นได้ทุกช่วงเวลาของการพิจารณาอนุญาต กล่าวคือ ตั้งแต่ที่มีการยื่นขออนุญาต ขณะที่อยู่ในขั้นตอนการพิจารณาอนุญาต รวมถึงช่วงเวลาที่มีการพิจารณาอนุญาตตามคำขอเรียบร้อยแล้วจนถึงขั้นการออกใบอนุญาตแล้ว ซึ่งการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย คือ การใช้อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมีเหตุอันสมควรภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย ดังนั้น การใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย เริ่มจากการพิจารณาคำร้องหรือคำขอ เมื่อได้รับคำร้องไว้พิจารณาแล้วต้องใช้ดุลพินิจอย่างอิสระ เป็นกลาง โปร่งใส ไม่บิดเบือนวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่ใช่เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคล และจะต้องสงวนรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของส่วนรวมด้วย

ผู้ศึกษาเห็นว่า กรณีที่กฎหมายให้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ในการอนุญาตหรือการที่กฎหมายมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจตัดสินใจเพื่อการอนุญาตก็มีความเสี่ยงที่เจ้าหน้าที่จะใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือมีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม นอกจากนี้ การใช้ดุลพินิจยังเป็นช่องทางให้มีการเรียกรับสินบนหรือการทุจริตประพดติมิชอบโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกด้วย เช่น ผู้รับอนุญาตสถานบริการดำเนินกิจการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี พนักงานเจ้าหน้าที่จะไม่ต่อใบอนุญาตหรือสั่งพักใช้ใบอนุญาตคราวละไม่เกิน 30 วัน หรือสั่งพักใช้ใบอนุญาตได้ตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 21 เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ดี อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองอาจจะปรากฏอยู่ในองค์ประกอบส่วนเหตุของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุด้วยถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง หรือมีความหมายไม่แน่นอนชัดเจน หรือเป็นถ้อยคำที่กฎหมายไม่ได้ให้คำจำกัดความและวิญญูชนอาจเข้าใจความหมายแตกต่างกันได้ เช่น ตัวอย่างข้างต้นซึ่งใช้ถ้อยคำว่า “กิจการที่ต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี” หรือ คำว่า “การกระทำที่เป็นภัย

ต่อความมั่นคงของรัฐ” หรือคำว่า “การกระทำอันน่ารังเกียจ” เป็นต้น ซึ่งเรียกอำนาจดุลพินิจประเภทนี้ว่า “อำนาจดุลพินิจวินิจฉัย” ซึ่งแสดงให้เห็นโดยปริยายว่า กฎหมายบัญญัติให้เจ้าหน้าที่จะต้องปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีการตรวจสอบข้อเท็จจริงและพิจารณาพยานหลักฐานต่าง ๆ แล้ววินิจฉัยปรับบทกฎหมาย รวมทั้งอาจต้องมีการตีความบทบัญญัติของกฎหมายด้วย ซึ่งการที่กฎหมายให้อำนาจอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยจึงทำให้บางกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างบิดเบือน ทั้งนี้ อาจเกิดจากหลายสาเหตุ เช่น การละเลยไม่สนใจวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ที่กฎหมายมอบดุลพินิจให้ หรือการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ หรือการไม่นำพฤติการณ์ต่าง ๆ มาพิจารณาประกอบการตัดสินใจ เป็นต้น

ดังนั้น การจำกัดการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ให้เหลือน้อยที่สุด และใช้ระบบอนุญาตเฉพาะกรณีที่เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 77 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ จึงเป็นที่มาของการวิเคราะห์แนวทางอันเป็นข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย โดยนำแนวคิด ทฤษฎี รวมถึงข้อมูลในต่างประเทศที่ได้ใช้ระบบอนุญาตสำหรับกรณีต่าง ๆ รวมทั้งการลด เลิกระบบอนุญาตโดยการนำมาตรการอื่น ๆ ที่เหมาะสมมาใช้แทนระบบอนุญาต อันมีผลเป็นการลดภาระให้แก่ผู้ขออนุญาตทั้งในเรื่องของเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการของระบบอนุญาต และขณะเดียวกันก็เป็นการปลดเปลื้องภาระของหน่วยงานภาครัฐในกรณีต่าง ๆ โดยไม่จำเป็น นอกจากนี้ ยังเป็นการสะท้อนให้เห็นทิศทางในการพัฒนาคุณภาพกฎหมายและการพัฒนาประสิทธิภาพในการบริหารงานภาครัฐด้วย ซึ่งจะนำเสนอในหัวข้อถัดไป

#### 4.2 ข้อพิจารณาในการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมาย

กฎหมายถือเป็นหนึ่งในนโยบายสาธารณะสำคัญที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ประสิทธิภาพของการบริหารราชการแผ่นดิน ภาระทางการเงินและการคลังของรัฐ ภาระต่อบุคคล ตลอดจนกระทบต่อการพัฒนานวัตกรรมและขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ และแม้ว่ารัฐจะสามารถตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ แต่ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะตรากฎหมายอย่างไรก็ได้ เนื่องจากสิทธิเสรีภาพนั้นได้รับการรับรองไว้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพบุคคลอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานมิให้ผู้ใช้อำนาจรัฐละเมิดต่อสิทธิ แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ก็มีใช้สิทธิเด็ดขาด หากว่าสิทธินั้นเป็นการขัดต่อผลประโยชน์มหาชนหรือความปลอดภัยสาธารณะอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อย การดำรงชีพ พละนามัย สิ่งแวดล้อม อันมีผลเป็นการกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือเป็นภัยสาธารณะ สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองอาจถูกจำกัดได้ และเนื่องจากระบบอนุญาตเป็นมาตรการควบคุมที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล จึงสมควรที่จะนำมาใช้ในกรณีที่มีความเสี่ยงและพิจารณาแล้วเป็นประจักษ์ว่าการดำเนินการของบุคคลอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์อันสำคัญ

ยั้งของส่วนรวม ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงได้วิเคราะห์การนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมายจะต้องคำนึงถึงข้อพิจารณาในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

### 1) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติรับรองหลักการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยไว้ในมาตรา 26 โดยมีสาระสำคัญว่า การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุมเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

การบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ เพื่อป้องกันมิให้ผู้ใช้อำนาจรัฐละเมิดต่อสิทธิของประชาชน อย่างไรก็ตาม หากว่าสิทธินั้นเป็นการขัดต่อผลประโยชน์มหาชนหรือความปลอดภัยสาธารณะอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อย การดำรงชีพ พละนาภัย สิ่งแวดล้อม อันมีผลเป็นการกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือเป็นภัยสาธารณะ สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองอาจถูกจำกัดได้ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติรับรองหลักการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยไว้ในมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุมเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย” นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพการในการประกอบอาชีพไว้ใน มาตรา 40 ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ซึ่งการจำกัดเสรีภาพจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ เพียงเท่าที่จำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น”

ระบบอนุญาตเป็นเครื่องมือทางกฎหมายสำคัญในการกำกับดูแลการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ถือเป็นระบบที่เข้มงวดที่สุดที่ใช้ในการควบคุมกำกับดูแลการประกอบอาชีพของประชาชน ดังนั้น การตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน เช่น การตรากฎหมายที่มีการใช้ระบบอนุญาตควบคุมการดำเนินการต่าง ๆ ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่

(1) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น หรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นหลักที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการนำมาใช้ควบคุมการใช้อำนาจรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมาย จะต้องอยู่ในวิสัยที่ทำให้วัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายบรรลุผลได้ จะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นและมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด และต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์กับมหาชนมากกว่าประโยชน์ของเอกชน นอกจากนี้ ในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น องค์กรนิติบัญญัติไม่อาจตรากฎหมายให้กระทบกระเทือนแก่นหรือสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพได้

(2) หลักการกฎหมายมีผลบังคับเป็นการทั่วไป กล่าวคือ กฎหมายที่ใช้ระบบอนุญัตินั้น ต้องไม่ใช่บังคับเฉพาะกรณีหรือเฉพาะบุคคล เนื่องจากไม่ต้องการให้องค์กรนิติบัญญัติออกคำสั่งทางปกครองเองในรูปของกฎหมายอันเป็นการก้าวล่วงฝ่ายบริหาร และป้องกันมิให้เกิดเอกสิทธิ์และการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ รวมทั้งเป็นเครื่องประกันความสม่ำเสมอและความเท่าเทียมกันในผลทางกฎหมายสำหรับข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ที่เหมือนกัน ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 วรรคสอง ได้กำหนดไว้ว่า กฎหมายต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง นอกจากนี้ กฎหมายนั้น ต้องมีความแน่นอนชัดเจน เพื่อให้ประชาชนสามารถทราบได้ว่าการกระทำของตนเองนั้นถูกต้องหรือไม่

(3) หลักการอ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หลักนี้มีขึ้นเพื่อให้องค์กรนิติบัญญัติตระหนักว่าสามารถตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้เฉพาะขอบเขตที่ต้องการเท่านั้น ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดหลักนี้ไว้ในมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพไว้ด้วย”

## 2) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับประโยชน์อันสำคัญยิ่งของส่วนรวม

แนวคิดการใช้ระบบอนุญัตินั้น เมื่อพิจารณาเหตุผลเกี่ยวกับประโยชน์อันสำคัญยิ่งของส่วนรวม แต่ละประเทศอาจจะมีเหตุผลมุมมองที่แตกต่างกันไป แต่ที่ยอมรับกันโดยทั่วไปคือ ประโยชน์อันสำคัญยิ่งของส่วนรวมที่รัฐพึงจะดูแลผลกระทบอันจะเกิดขึ้นแก่ชีวิตและสุขภาพของบุคคล สิ่งแวดล้อม ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงของรัฐเป็นสำคัญ แต่บางประเทศอาจให้ความสำคัญกับคุณค่าของบางเรื่องเป็นพิเศษ เช่น ประเทศทางภาคพื้นยุโรปที่มีวิวาทพิพาทศสวยาม

มีอารยธรรมเก่าแก่ หรือประเทศที่มีศิลปวัตถุและโบราณสถานจำนวนมาก อาจถือว่าภูมิทัศน์และมรดกทางวัฒนธรรม เป็นสิ่งที่สมควรต้องปกป้องคุ้มครองด้วยมาตรการควบคุมที่เคร่งครัดด้วยระบบอนุญาต หรือในประเทศที่ให้ความสำคัญกับเรื่องระบบสวัสดิการสังคม ก็อาจจะถือว่านโยบายทางสังคมและความสมดุลทางการเงินของสวัสดิการสังคมเป็นประโยชน์อันสำคัญยิ่งของส่วนรวมและเป็นเหตุผลเพียงพอที่จะใช้ระบบอนุญาตได้ ทั้งนี้ ความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองมิใช่ตัวชีวิตเพียงประการเดียว ในการตัดสินใจว่าสมควรใช้ระบบอนุญาตหรือไม่ แต่รัฐจะต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่อาจเกิดแก่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองประกอบด้วย

ผู้ศึกษาเห็นว่า การพิจารณาใช้ระบบอนุญาตโดยมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับประโยชน์อันสำคัญยิ่งของส่วนรวม ต้องเป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุด้วย กล่าวคือ การใช้อำนาจรัฐซึ่งรวมถึงการตรากฎหมาย ต้องเป็นการกำหนดมาตรการที่บรรลุผลได้ มีความจำเป็น และมีความคุ้มค่า ซึ่งการใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในการพิจารณากำหนดมาตรการควบคุมของรัฐปรากฏชัดเจนในประเทศที่พัฒนาหลักกฎหมายมหาชนอย่างเป็นระบบ และสามารถนำมาเทียบเคียงเป็นหลักในการพิจารณาใช้ระบบอนุญาตได้ ตัวอย่างเช่น ประเทศฝรั่งเศส ผู้ตรากฎหมายจะต้องพิจารณาก่อนว่า (1) ระบบอนุญาตเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวมในเรื่องนั้น ตามหลักความเหมาะสมหรือหลักความสัมฤทธิ์ผล (2) ไม่มีมาตรการอื่นที่ดีกว่าที่จะบรรลุวัตถุประสงค์นั้นได้ ตามหลักความจำเป็น และ (3) ประโยชน์ที่จะเกิดแก่ส่วนรวมมีมากกว่าผลเสียที่จะเกิดแก่ปัจเจกบุคคลที่ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพ ตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

### 3) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาอนุญาต

เมื่อพิจารณาแล้วกรณีที่ต้องใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย ผู้ตรากฎหมายควรจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการพิจารณา โดยการใช้ระบบอนุญาตจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการพิจารณา ที่ชัดเจน โปร่งใส และสร้างภาระแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องน้อยที่สุด รวมทั้งจะต้องมีค่าใช้จ่ายที่พอสมควรแก่เหตุ อีกทั้ง วิธีพิจารณาและแบบพิธีในการอนุญาตระบบอนุญาตจะต้องไม่มีผลหน่วงเหนี่ยวยับยั้งหรือทำให้ผู้ประกอบการที่ขออนุญาตหมดแรงจูงใจในดำเนินการกิจการ หรือสร้างความยุ่งยากซับซ้อนและความล่าช้าโดยไม่จำเป็นแก่การประกอบกิจการ รวมทั้งภาระค่าใช้จ่ายสำหรับผู้ยื่นขออนุญาตจะต้องพอสมควรแก่เหตุและได้สัดส่วนกับต้นทุนของขั้นตอนต่าง ๆ ในการพิจารณาอนุญาตและไม่สูงเกินต้นทุนนั้น

ผู้ศึกษาขอยกตัวอย่างกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีหลักเกี่ยวกับใบอนุญาตว่าการกำหนดเงื่อนไขด้านสารบัญญัติ เช่น คุณสมบัติของบุคคล เงื่อนไขในการดำเนินการต่าง ๆ จะต้องเกี่ยวข้องใกล้ชิดกับปัญหาที่ต้องการจะแก้ไข และแนวปฏิบัติที่ดีสำหรับใบอนุญาตประกอบอาชีพของสหรัฐอเมริกาที่ให้ลดภาระในกระบวนการขอรับใบอนุญาตทั้งในเรื่องค่าธรรมเนียม เอกสาร หรือ

ระยะเวลา ส่วนระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาต จะต้องเป็นหลักประกันว่าคำขออนุญาตจะได้รับการพิจารณาโดยเร็วที่สุด หรือภายในระยะเวลาอันสมควรที่กำหนดไว้ล่วงหน้าและประกาศให้สาธารณชนทราบ โดยระยะเวลาจะเริ่มนับเมื่อมีการยื่นเอกสารโดยถูกต้องครบถ้วน กรณีที่คำขอไม่ครบถ้วน จะต้องแจ้งโดยเร็วที่สุดให้ผู้ยื่นคำขอยื่นเอกสารเพิ่มเติม และแจ้งให้ทราบถึงผลต่อการนับระยะเวลาด้วย สำหรับเรื่องที่มีความยุ่งยากซับซ้อน ส่วนกรณีศึกษาของประเทศฝรั่งเศส อาจให้มีการขยายระยะเวลาในการพิจารณาออกไปได้ไม่เกินหนึ่งครั้งมีกำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จ โดยให้เหตุผลประกอบการขยายระยะเวลา รวมทั้งกำหนดระยะเวลาที่ขยายออกไปและแจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบก่อนครบกำหนดระยะเวลาเดิมด้วย

ทั้งนี้ สำหรับประเทศไทยการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง ในส่วนการพิจารณาอนุญาตได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 27 โดยกำหนดหลักเกณฑ์ให้เจ้าหน้าที่ต้องตรวจสอบความถูกต้องของเอกสารภายใน 7 วัน หากไม่แจ้งจะนำมาเป็นเหตุในการปฏิเสธการอนุญาตเนื่องจากเอกสารไม่ครบไม่ได้ และการกำหนดระยะเวลาในการออกคำสั่งทางปกครองให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่ได้รับคำขอครบถ้วน ทั้งนี้ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การจัดทำคำสั่งทางปกครองให้มีประสิทธิภาพ เพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะและอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน อีกทั้งยังเป็นการป้องกันการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ

สำหรับเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่จะต้องเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย คือ การใช้อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระโดยมีเหตุผลอันสมควรภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย ปราศจากการแทรกแซงใด ๆ มีความเป็นกลาง โปร่งใส ไม่เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่แต่ละคนตีความตามมุมมองของตนได้ ไม่บิดเบือนวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย และไม่ใช้อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด โดยคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคล ต้องมีเหตุผลอันสำคัญยิ่งเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวมรองรับและได้สัดส่วนกับประโยชน์ของส่วนรวมนั้น อนึ่ง ความอิสระในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น ไม่ได้หมายความว่า ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจอย่างไรก็ได้โดยไม่มีขอบเขต แต่หมายถึงการที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเลือกตัดสินใจได้หลายทางเพื่อต้องการให้ฝ่ายปกครองในฐานะผู้ใช้กฎหมายสามารถปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

#### 4) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการนำมาตรการอื่นมาใช้แทนระบบอนุญาต

มาตรการควบคุมที่กฎหมายกำหนดอาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลในระดับที่แตกต่างกันออกไป ทั้งนี้ มาตรการที่มีผลกระทบรุนแรง ได้แก่ บรรดามาตรการที่มีลักษณะที่เป็นการควบคุมก่อนหน้า ไม่ว่าจะเป็นการอนุญาต การรับรอง หรือการขึ้นทะเบียน ซึ่งบุคคลจะมีสิทธิตามกฎหมายต่อเมื่อได้รับอนุญาต ได้รับการรับรอง หรือขึ้นทะเบียนแล้ว ฝ่ายปกครองอาจมีดุลพินิจที่จะ

พิจารณาสั่งการได้ตามที่เห็นสมควร ส่วนการแจ้งก่อนดำเนินการเป็นกลไกที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลค่อนข้างน้อย เพราะการออกใบรับแจ้งเป็นไปโดยอัตโนมัติ และฝ่ายปกครองจะควบคุมตรวจสอบการดำเนินการในภายหลัง ยกเว้นบางกรณีที่กฎหมายอาจให้อำนาจฝ่ายปกครองคัดค้านการแจ้งได้ภายในเวลาที่กำหนด

สำหรับแนวทางในการจำกัดการใช้ระบบอนุญาตที่ไม่จำเป็นและเป็นภาระแก่ประชาชนจนเกินสมควรนั้น คณะกรรมการพัฒนากฎหมายโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ได้ออกคำแนะนำเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ตรงกันและมีแนวทางในการจำกัดการใช้ระบบอนุญาตที่ไม่จำเป็น เนื่องจากการใช้ระบบอนุญาตเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลชั้นสูง โดยห้ามมิให้กระทำการต้องขออนุญาตนั้นจนกว่าจะได้รับอนุญาต และมุ่งหวังให้หน่วยงานของรัฐมีการพิจารณาอย่างรอบคอบในการใช้ระบบการควบคุม กำกับดูแลหรือการที่รัฐจะเข้าไปเกี่ยวข้องในกิจกรรม การดำเนินชีวิต หรือการประกอบธุรกิจของประชาชนเท่าที่จำเป็นโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งสมควรต้องพิจารณาตามระดับความสำคัญของกิจกรรม ประโยชน์สาธารณะและผลกระทบที่จะเกิดขึ้นแก่ประชาชน รวมทั้งความคุ้มค่าของระบบการควบคุมหรือกำกับดูแลที่เลือกใช้ให้มีความเหมาะสม และได้สัดส่วนกับมาตรการที่เลือกใช้ โดยแบ่งระดับการควบคุม กำกับดูแล หรือการที่รัฐจะเข้าไปแทรกแซงเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการทำกิจกรรม การดำเนินชีวิต หรือการประกอบธุรกิจของประชาชนในกฎหมาย แบ่งเป็น 4 ระดับ ดังนี้

1. การกำหนดกฎเกณฑ์ให้ปฏิบัติตาม มีวัตถุประสงค์เพื่อวางกฎเกณฑ์หรือมาตรฐานให้ประชาชนหรือผู้ประกอบการต้องปฏิบัติตาม โดยรัฐสามารถติดตามตรวจสอบการ ดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์หรือมาตรฐานดังกล่าวได้ในภายหลัง ทั้งกรณีที่รัฐติดตามตรวจสอบเองหรือกรณีมีผู้ร้องเรียน
2. การจดทะเบียน มีวัตถุประสงค์เพื่อให้รัฐได้ทราบข้อมูลและสามารถติดตามได้อย่างใกล้ชิดเป็นกรณีที่รัฐต้องการทราบข้อมูลเชิงสถิติเพื่อใช้ในการบริหารจัดการภาครัฐ และการกำกับดูแลการทำกิจกรรม หรือการประกอบธุรกิจ โดยกำหนดให้จดทะเบียนหรือรายละเอียดบางประการต่อหน่วยงานผู้รับผิดชอบก่อนดำเนินการ โดยหน่วยงานผู้รับผิดชอบมีหน้าที่เพียงยืนยันความครบถ้วนของรายการเท่านั้น
3. การจดทะเบียน/การขึ้นทะเบียน มีวัตถุประสงค์เพื่อตรวจสอบและติดตาม สำหรับกิจกรรมที่มีผลกระทบต่อสาธารณะในระดับที่มีได้รุนแรงมากนัก แต่รัฐจำเป็นต้องเข้ามากำกับดูแลเพื่อรับรองคุณสมบัติหรือคุณวุฒิของผู้ประกอบการ เพื่อประกอบการตัดสินใจในการให้บริการของประชาชนหรือเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบและการส่งเสริมหรือสนับสนุนจากภาครัฐ โดยในการรับจดทะเบียนหรือขึ้นทะเบียนอาจกำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามได้ ทั้งนี้ หากผู้ขอมีคุณสมบัติ

และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนดหน่วยงานของรัฐไม่อาจปฏิเสธการรับจดทะเบียนหรือขึ้นทะเบียนบุคคลนั้นได้

4. การอนุญาต/ใบอนุญาต มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เป็นมาตรการในการควบคุมและกำกับดูแลการทำกิจกรรมหรือการประกอบธุรกิจของประชาชนที่มีความเข้มงวดสูง หรือมีความจำเป็นต้องกำหนดจำนวนหรือปริมาณ เพราะมีลักษณะที่กระทบต่อชีวิต สิทธิ เสรีภาพ สังคม หรือประโยชน์สาธารณะอย่างร้ายแรง จึงต้องห้ามมิให้ประกอบกิจกรรมหรือธุรกิจนั้นจนกว่าจะได้รับอนุญาต โดยการใช้ระบบอนุญาตสามารถกระทำได้เมื่อ

- 1) เป็นกรณีที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เนื่องจากการควบคุมหรือกำกับดูแล ตามระดับที่กำหนดไว้ตาม 1 ถึง 3 ไม่เพียงพอสำหรับการคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน
- 2) ไม่มีมาตรการอื่นที่ดีกว่าเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน
- 3) ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อส่วนรวม
- 4) ไม่เป็นภาระแก่ประชาชนจนไม่คุ้มค่ากับประโยชน์ที่ภาครัฐได้รับ

ดังนั้น ในการเลือกใช้ระบบควบคุมการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของประชาชน ผู้ตรากฎหมายจะต้องคำนึงถึงผลกระทบของการดำเนินการต่อประโยชน์ส่วนรวมเป็นสำคัญ กล่าวคือ หากพิจารณาแล้วการดำเนินการเรื่องใดที่ไม่มีผลกระทบต่อประโยชน์อันสำคัญยิ่งของส่วนรวม หรือพิจารณาแล้วมีผลกระทบน้อยมาก ก็อาจนำแนวคิดในการนำมาตรการอื่นที่เหมาะสมหรือเรียกว่า มาตรการควบคุมภายหลัง (ex post control) มาใช้แทนระบบอนุญาตตามคำแนะนำการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมายของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายดังกล่าว โดยพิจารณาตามระดับความสำคัญของกิจกรรม ประโยชน์สาธารณะและผลกระทบที่จะเกิดขึ้นแก่ประชาชน รวมทั้งความคุ้มค่าของระบบการควบคุมหรือกำกับดูแลที่เลือกใช้ให้มีความเหมาะสม และได้สัดส่วนกับมาตรการที่เลือกใช้

สำหรับมาตรการทางเลือกอื่น ๆ ที่น่าสนใจที่ต่างประเทศนำมาใช้แทนระบบอนุญาตในกรณีต่าง ๆ ได้แก่

1. ระบบแจ้งก่อนดำเนินการ เป็นมาตรการที่หลายประเทศมักจะนำมาใช้ในการควบคุมการดำเนินการ เนื่องจากระบบแจ้งก่อนดำเนินการเป็นกลไกที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยกว่าระบบอนุญาต และถือเป็นกลไกที่เอื้อต่อการประกอบธุรกิจของเอกชนเพราะไม่เป็นอุปสรรคต่อการเริ่มประกอบธุรกิจ นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ไม่มีความเสี่ยงในการใช้ดุลพินิจโดยไม่เป็นธรรมโดยเฉพาะการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอันขัดต่อหลักความเสมอภาค ซึ่งต่างจากระบบอนุญาตที่เจ้าหน้าที่มีอำนาจพิจารณาที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาต เช่น กรณีการแจ้งประกอบกิจการบุคคลผู้ที่แจ้งสามารถประกอบกิจการได้ทันทีในวันที่มีการแจ้ง โดยไม่ต้องรอผลการพิจารณาจากทาง

ร ก ข ก า ข ร

ซึ่งอาจจะมีค่าและไม่แน่นอน ส่วนทางราชการก็สามารถตรวจสอบการประกอบกิจการได้ในภายหลังภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหากพบว่ามีกรณีฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายก็อาจคัดค้านการแจ้งหรือออกคำสั่งให้หยุดการประกอบกิจการได้ในภายหลัง ดังเช่นในประเทศฝรั่งเศส หรือประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น

ผู้ศึกษาขอยกตัวอย่างที่ชัดเจนและเป็นรูปธรรมในการกำหนดแนวทางสำหรับผู้ตรากฎหมาย คือ ตัวอย่างของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งได้เปลี่ยนวิธีคิดใหม่ว่าความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและเอกชนต้องตั้งอยู่บน ความไว้เนื้อเชื่อใจกัน โดยเปลี่ยนการควบคุมก่อนหน้าเป็นควบคุมภายหลัง โดยใช้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการแทนการอนุญาต โดยให้ใช้มาตรการควบคุมเพียงเท่าที่จำเป็น เลือกใช้ระบบแจ้งมากกว่าระบบอนุญาต และใช้ระบบอนุญาต สำหรับกิจการที่เป็น “บริการ” สำหรับกรณีตัวอย่างสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสในฐานะองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย ได้แนะนำให้ผู้ตรากฎหมายเลือกใช้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการมากกว่าระบบอนุญาต โดยได้ให้แนวทางในการพิจารณากำหนดมาตรการควบคุมไว้ใน “คู่มือการร่างกฎหมาย” ว่า บรรดามาตรการควบคุมต่าง ๆ นั้น ผู้ตรากฎหมายพึงนำมาใช้เท่าที่จำเป็น และผลกระทบที่จะเกิดแก่สิทธิเสรีภาพของบุคคลจะต้องได้สัดส่วนกับประโยชน์ของส่วนรวมที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง ซึ่งหากเป็นไปได้ผู้ตรากฎหมายควรเลือกใช้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการมากกว่าระบบอนุญาต

ทั้งนี้ ปัจจุบันฝรั่งเศสได้พยายามยกเลิกการใช้ระบบอนุญาต และใช้มาตรการควบคุมอื่นแทน เช่น การแจ้ง การขึ้นทะเบียน และปรับปรุงระบบอนุญาตให้สะดวกรวดเร็วขึ้น โดยจัดให้มีบริการจุดเดียวเบ็ดเสร็จ ยุบรวมใบอนุญาตหลายใบให้เหลือเพียงใบเดียวสำหรับการประกอบกิจการเรื่องเดียวกัน ขออนุญาตออนไลน์หรือใช้ระบบอนุญาตโดยปริยาย

2. ระบบการขึ้นทะเบียน (ระบบอนุญาตแบบลดรูป) สำหรับระบบการขึ้นทะเบียนมีขั้นตอนการพิจารณาเรียบง่ายและกระชับกว่าการอนุญาต ซึ่งทำให้การประกอบกิจการของเอกชนเป็นไปโดยสะดวกรวดเร็ว ยกตัวอย่างในประเทศฝรั่งเศสกรณีการประกอบกิจการเลี้ยงสุกรมีการใช้มาตรการควบคุมที่เคร่งครัดลดหลั่นกันไปตามจำนวนสุกรที่เลี้ยง โดยกรณีเลี้ยงสุกรจำนวนน้อยให้ใช้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการ ซึ่งเป็นระบบการควบคุมการประกอบอาชีพที่ผ่อนปรนที่สุด ซึ่งการแจ้งก่อนดำเนินการเป็นมาตรการควบคุมอีกรูปแบบหนึ่งที่ใช้กันมาก โดยในส่วนของประกอบกิจการต่าง ๆ กฎหมายจะกำหนดให้บุคคลที่ประสงค์จะประกอบกิจการต้องแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้ทราบก่อนจึงจะเริ่มประกอบกิจการนั้นได้ โดยทั่วไปแล้วเมื่อมีการแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ เจ้าหน้าที่ต้องออกไปรับแจ้งเพื่อเป็นหลักฐานให้แก่ผู้แจ้ง และผู้แจ้งย่อมมีสิทธิประกอบกิจการนับแต่เวลานั้น การแจ้งจึงเป็นเพียงการให้ข้อมูลแก่ฝ่ายปกครองว่ามีการประกอบกิจการ ณ ที่ใด ใครเป็นผู้ดำเนินการ เพื่อที่ฝ่ายปกครองจะได้

สอดคล้องดูแลการประกอบกิจการนั้นให้ถูกต้องตามกฎหมายต่อไป อันเป็นการควบคุมในภายหลัง จำนวน สุกกรจำนวนปานกลางใช้ระบบขึ้นทะเบียน หรือเรียกว่า ระบบอนุญาตแบบลดรูป ที่มีขั้นตอนการ พิจารณาเรียบง่ายและกระชับกว่าการอนุญาต ซึ่งทำให้การประกอบกิจการของเอกชนเป็นไปโดยสะดวก รวดเร็วยิ่งขึ้น เนื่องจากไม่มีขั้นตอนการศึกษาผลกระทบและการไต่สวนสาธารณะ ซึ่งเป็นขั้นตอนที่ใช้ ระยะเวลาานาน เพียงแต่ผู้ยื่นขอขึ้นทะเบียน ต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับผลกระทบที่มีนัยสำคัญต่อสิ่งแวดล้อม เพื่อที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะได้ใช้ประกอบการพิจารณาขึ้นทะเบียน ส่วนสุกรจำนวนมากจึงจะใช้ระบบ อนุญาตซึ่งเป็นระบบที่เข้มงวดที่สุด เป็นต้น

3. ระบบรับรองตนเอง ผู้ศึกษาขอยกตัวอย่างในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการใช้ระบบ รับรองตนเองสำหรับกรณีที่เป็นการควบคุมคุณภาพของบริการที่ต่ำและไม่ได้ก่อให้เกิดผลร้ายแรงมาก หรือการจดทะเบียน หรือการจัดทำทะเบียนรายชื่อผู้ประกอบการอาชีพของทางรัฐบาลซึ่งจะเป็นประโยชน์ ในการติดต่อและค้นหาผู้ประกอบการอาชีพนั้น ในกรณีที่มีเรื่องร้องเรียนจากผู้ใช้บริการ อีกทั้งยังเป็น ฐานข้อมูลจำนวนผู้ประกอบการอาชีพให้กับรัฐบาลได้ ซึ่งเหมาะสมกับกรณีที่ต้องการควบคุมอาชีพที่เป็น อันตรายกับผลประโยชน์สาธารณะเพียงเล็กน้อย หรือการบังคับวางหลักประกันแทนระบบอนุญาตให้ ประการอาชีพ เป็นต้น

#### 5) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกในการขออนุญาต

สำหรับในเรื่องที่มีความจำเป็นต้องใช้ระบบอนุญาตต่อไป หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง จะต้องดำเนินการทำให้กระบวนการอนุญาตมีความสะดวก รวดเร็ว และไม่เป็นการกีดกันประชาชนที่ จะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนต่าง ๆ เช่น การใช้ระบบศูนย์บริการจุดเดียวเบ็ดเสร็จ (one stop service) ในการรับคำขออนุญาต หรือการใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ในการยื่นคำขอ อนุญาตออนไลน์ เป็นต้น ทั้งนี้ โดยให้คำนึงถึงมติคณะรัฐมนตรี วันที่ 4 เมษายน 2560 ซึ่งเห็นชอบ แนวทางการจัดทำและการเสนอร่างกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย เกี่ยวกับหลักเกณฑ์การร่างกฎหมายและการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายของ หน่วยงานรัฐ ในส่วนของการร่างกฎหมายเพื่อให้มีระบบอนุญาต ให้กระทำได้เพียงพอที่จำเป็น เช่น กรณีเพื่อรักษาความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ความปลอดภัยสาธารณะ หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ และในกรณีจำเป็นต้อง กำหนดให้มีระบบอนุญาตไว้ในร่างกฎหมาย ให้ยึดหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) ต้องระบุวัตถุประสงค์ในการอนุญาตไว้ในร่างกฎหมายโดยชัดเจน

(2) ต้องบัญญัติหลักเกณฑ์และระยะเวลาการอนุญาตหรือไม่อนุญาตไว้ในร่าง พระราชบัญญัติให้ชัดเจนและกำหนดกรอบหลักเกณฑ์ในการออกกฎหมายลำดับรองไว้ด้วย

(3) หน่วยงานของรัฐที่พิจารณาอนุญาตต้องแสดงหลักฐานความพร้อมและศักยภาพที่จะตรวจสอบให้การกระทำนั้นเป็นไปตามที่ได้รับอนุญาตได้อย่างแท้จริง

(4) ให้กำหนดอายุการได้รับอนุญาตเฉพาะกรณีที่เป็น และในกรณีที่มีการกำหนดอายุการได้รับอนุญาตและการต่ออายุการได้รับอนุญาต ต้องแสดงเหตุผลของการขอต่ออายุการได้รับอนุญาต และต้องมีการตรวจสอบการดำเนินการตามที่ได้รับอนุญาตที่ผ่านมาด้วย ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการชำระค่าธรรมเนียมใบอนุญาตแทนการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาต ซึ่งบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. 2558

(5) ให้นำระบบเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้เพื่ออำนวยความสะดวกในการขออนุญาต และการบังคับการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการอนุญาตนั้น

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

ระบบอนุญาตเป็นมาตรการควบคุมรูปแบบหนึ่งซึ่งรัฐใช้เป็นเครื่องมือทางกฎหมายสำคัญในการกำกับดูแลการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ กำกับดูแลกิจการต่าง ๆ ให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม และป้องกันมิให้ก่อความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลและประโยชน์ส่วนรวมทั้งในด้านสุขอนามัย สังคม และสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ ระบบอนุญาตถือเป็นมาตรการควบคุมขั้นสูงหรือระดับที่เข้มงวดที่สุด เนื่องจากเป็นมาตรการควบคุมที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล เพราะก่อนการอนุญาตให้ดำเนินการใด ๆ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องมีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ขออนุญาตและรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินการ รวมทั้งพิจารณาผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะเสียก่อน ซึ่งในแง่นี้การใช้ระบบอนุญาตจึงย่อมเป็นผลดีต่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ แต่อย่างไรก็ตาม พบว่าระบบอนุญาตเป็นกลไกที่กระทบต่อการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคล และสร้างภาระแก่ประชาชนเป็นอย่างมาก อีกทั้งยังเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินธุรกิจและการลงทุนของภาคเอกชน ซึ่งมีผลกระทบต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศในภาพรวม

จากการศึกษาปัญหาของระบบอนุญาตทำให้พบปัญหาต่าง ๆ ได้แก่ ปัญหาภาระค่าใช้จ่ายในการขออนุญาต เช่น ค่าธรรมเนียม ค่าภาษีอากร ค่าบริการต่าง ๆ รวมทั้งค่าใช้จ่ายอันเกิดขึ้นจากการที่ประชาชนผู้ประกอบการซึ่งมีหน้าที่ต้องดำเนินการตามกระบวนการหรือขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดอันถือเป็นต้นทุนในการประกอบการ นอกจากต้นทุนที่คำนวณเป็นเงินได้แล้ว ยังมีต้นทุนแฝงที่เกิดจากความล่าช้าในการพิจารณาอนุญาตที่ยากจะคำนวณเป็นเงิน แต่มีผลกระทบต่อผู้ประกอบการเป็นอย่างมาก เช่น การขาดรายได้จากการแสวงหากำไรในทางธุรกิจ การสูญเสียลูกค้า การเสียเปรียบคู่แข่งทางธุรกิจ เป็นต้น ปัญหาระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาต เนื่องจากการพิจารณาของทางราชการมักจะมี ความล่าช้า เนื่องจากระบบราชการจะถูกออกแบบให้มีกลไกที่ซับซ้อน บางครั้งเจ้าหน้าที่ก็อาศัยกรอบเวลาดำเนินการพิจารณาอนุญาตล่าช้า หรือไม่ดำเนินการในทันทีที่ได้รับเรื่อง หรือใช้อำนาจขยายระยะเวลาเพื่อประวิงการดำเนินงาน ทำให้กระทบต่อสิทธิของประชาชนต่อการดำเนินกิจการต่าง ๆ และปัญหาที่สำคัญอีกประการคือ ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ โดยเฉพาะอำนาจดุลพินิจวินิจฉัย ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือผู้ออกใบอนุญาตจะต้องมีการตรวจสอบข้อเท็จจริงและพิจารณาพยานหลักฐานต่าง ๆ แล้ว

วินิจฉัยปรับบทกฎหมาย รวมทั้งอาจต้องมีการตีความบทบัญญัติของกฎหมายด้วย และกรณีที่กฎหมายให้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ในการอนุญาตนี้เองก็มีความเสี่ยงที่เจ้าหน้าที่จะใช้ดุลพินิจโดยมิชอบหรือเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม รวมทั้งยังเป็นช่องทางให้มีการทุจริตประพฤติมิชอบโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกด้วย

ในยุคที่รัฐควรแทรกแซงกิจการทางเศรษฐกิจและสังคมให้น้อยลง จึงมีแนวคิดในทางกฎหมายว่า ผู้ตรากฎหมายควรพิจารณาใช้ระบบอนุญาตเพียงเท่าที่จำเป็น โดยใช้กับเรื่องที่มีเหตุผลความจำเป็นอย่างยิ่งในการปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและไม่มีมาตรการอื่นใดที่มีผลกระทบน้อยกว่าที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้เท่านั้น และระบบอนุญาตจะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง และนอกจากหลักในการตรากฎหมายที่ให้รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตเพียงเท่าที่จำเป็นและสร้างภาระให้แก่ประชาชนน้อยที่สุดแล้ว นานาประเทศก็ยังได้ดำเนินการลด เลิกระบบอนุญาตในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเรื่องต่าง ๆ ซึ่งก็เป็นไปตามแนวคิดในการลดความซับซ้อนของระบบราชการที่มุ่งหมายลดขั้นตอนของทางราชการที่เป็นอุปสรรคโดยไม่จำเป็นต่อการประกอบกิจการ การประกอบอาชีพ และการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน เพื่อช่วยเพิ่มประสิทธิภาพการทำงานของหน่วยงานภาครัฐ และเพื่อให้การประกอบกิจกรรมต่าง ๆ ของเอกชนมีความสะดวกรวดเร็ว อันจะส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ

จากการศึกษาแนวทางการนำระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนการใช้ระบบอนุญาตของนานาประเทศได้สะท้อนให้เห็นถึงพัฒนาการของหลักการตรากฎหมาย ซึ่งเดิมการตรากฎหมายโดยใช้มาตรการควบคุมทางกฎหมาย เช่น ระบบอนุญาตจะอยู่ภายใต้ข้อพิจารณาในทางนิติศาสตร์ เช่น การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการของบุคคลจะต้องได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายอันเป็นการใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมากำกับการใช้อำนาจรัฐในการตรากฎหมาย ต่อมาเมื่อมีแนวคิดว่าด้วยคุณภาพของกฎหมาย ซึ่งหมายถึงการมีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และสอดคล้องกับความต้องการที่แท้จริงของสังคมและสร้างภาระให้กับประชาชน ผู้ปฏิบัติตามกฎหมายน้อยที่สุดนั้น แนวคิดนี้สอดคล้องกับหลักการตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตในกฎหมายเฉพาะกรณีที่จำเป็น จึงหมายถึงการใช้อำนาจของรัฐในทางนิติบัญญัติหรือการตรากฎหมาย เพื่อควบคุมการดำเนินกิจการ การประกอบอาชีพ หรือการดำเนินการใด ๆ ของเอกชน อันเป็นการควบคุมการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพื่อป้องกันมิให้ก่อความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลและประโยชน์ส่วนรวมโดยการใช้ระบบอนุญาตนั้น ดังนั้นกฎหมายที่ดีย่อมมิใช่กฎหมายที่มีความถูกต้องหรือชอบด้วยรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ต้องเป็นกฎหมายที่มีประสิทธิภาพอันเป็นข้อพิจารณาเกี่ยวกับการบริหารจัดการภาครัฐ ซึ่งเป็นที่มาของกลไกต่าง ๆ ในการตรากฎหมาย ทั้งในเรื่องการประเมินผลกระทบของกฎหมาย (Regulatory Impact Assessment : RIA) การรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการร่างกฎหมาย ตลอดจน

ประเด็นเกี่ยวกับการนำระบบอนุญาตมาใช้ในกฎหมายก็มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับภาระต้นทุนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่จะเกิดแก่ผู้ประกอบการ รวมทั้งภาระที่จะเกิดแก่หน่วยงานภาครัฐที่มีหน้าที่อนุญาตด้วยเช่นกัน

ทั้งนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้ตรากฎหมายจะต้องคำนึงถึงข้อพิจารณาในประเด็นต่าง ๆ ในกรณีการออกกฎหมายเพื่อกำหนดมาตรการควบคุมการดำเนินกิจกรรมหรือการประกอบอาชีพของบุคคล เพื่อให้เป็นไปตามหลักการในมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญ ที่กำหนดให้รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น ดังนี้

1) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยเฉพาะหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น หรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน โดยมาตรการที่จะนำมาใช้ควบคุมการดำเนินกิจการของเอกชนในกรณีต่าง ๆ จะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นและมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด

2) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับประโยชน์อันสำคัญยิ่งของส่วนรวม โดยจะต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียระหว่างหน้าที่ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชน และต้องเป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุด้วย กล่าวคือ (1) ระบบอนุญาตเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวมในเรื่องนั้น ตามหลักความเหมาะสมหรือหลักความสัมฤทธิ์ผล (2) ไม่มีมาตรการอื่นที่ดีกว่าที่จะบรรลุวัตถุประสงค์นั้นได้ตามหลักความจำเป็น และ (3) ประโยชน์ที่จะเกิดแก่ส่วนรวมมีมากกว่าผลเสียที่จะเกิดแก่ปัจเจกบุคคลที่ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพ ตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคม ตลอดจนภาระขั้นตอนการใช้สิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ประกอบด้วย

3) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาอนุญาต เมื่อพิจารณาแล้วกรณีที่เป็นต้องให้ระบบอนุญาตในกฎหมาย ผู้ตรากฎหมายจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการพิจารณา โดยการใช้ระบบอนุญาตจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการพิจารณา ที่ชัดเจน โปร่งใส และสร้างภาระแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องน้อยที่สุด รวมทั้งจะต้องมีค่าใช้จ่ายที่พอสมควรแก่เหตุ อีกทั้ง วิธีพิจารณาและแบบพิธีในการอนุญาตระบบอนุญาตจะต้องไม่มีผลทวนเวียนย่ำแย่หรือทำให้ผู้ประกอบการที่ขออนุญาตหมดแรงจูงใจในดำเนินการกิจการ หรือสร้างความยุ่งยากซับซ้อน และความล่าช้าโดยไม่จำเป็นแก่การประกอบกิจการ รวมทั้งภาระค่าใช้จ่ายสำหรับผู้ยื่นขออนุญาตจะต้องพอสมควรแก่เหตุและได้สัดส่วนกับต้นทุนของขั้นตอนต่าง ๆ ในการพิจารณาอนุญาตและไม่สูงเกินต้นทุนนั้น

4) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการนำมาตราการอื่นมาใช้แทนระบบอนุญาต โดยที่มาตรการควบคุมที่กฎหมายกำหนดอาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลในระดับที่แตกต่างกันออกไป ดังนั้น การเลือกใช้ระบบอนุญาตนั้น ผู้ตรากฎหมายจะต้องคำนึงถึงผลกระทบของการดำเนินการต่อประโยชน์ส่วนรวมเป็นสำคัญ แต่หากพิจารณาแล้วการดำเนินการเรื่องใดที่ไม่มีผลกระทบต่อประโยชน์อันสำคัญยิ่งของส่วนรวม หรือพิจารณาแล้วมีผลกระทบน้อยมาก ก็อาจนำมาตราการอื่นที่เหมาะสมมาใช้แทนระบบอนุญาตได้ เช่น ระบบการขึ้นทะเบียน หรือระบบอนุญาตแบบลดรูป ระบบแจ้งก่อนดำเนินการ หรือระบบรับรองตนเอง เป็นต้น ทั้งนี้ โดยพิจารณาตามระดับความสำคัญของกิจกรรม ประโยชน์สาธารณะและผลกระทบที่จะเกิดขึ้นแก่ประชาชน รวมทั้งความคุ้มค่าของระบบการควบคุมหรือกำกับดูแลที่เลือกใช้ให้มีความเหมาะสม และได้สัดส่วนกับมาตรการที่เลือกใช้

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในการจำกัดการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ให้เหลือน้อยที่สุด และใช้ระบบอนุญาตเฉพาะกรณีที่เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 77 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการนำระบบอนุญาตมาใช้ในการตรากฎหมายโดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

1) การพิจารณาใช้ระบบอนุญาต เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้ตรากฎหมายพิจารณาเห็นแล้วว่าจะมีความจำเป็นจะต้องใช้ระบบอนุญาต กล่าวคือ พิจารณาแล้วเป็นที่ประจักษ์ว่าการดำเนินการประกอบกิจกรรมหรือการประกอบอาชีพอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์อันสำคัญยิ่งของส่วนรวม ได้แก่ ชีวิตและสุขภาพของบุคคล สิ่งแวดล้อม ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงของรัฐ ซึ่งระบบอนุญาตสามารถป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้ด้วยมาตรการตรวจสอบคุณสมบัติของบุคคลและการดำเนินการที่เกี่ยวข้องก่อนที่หน่วยงานของรัฐจะยินยอมให้ดำเนินการ และพิจารณาแล้วไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะบรรลู่วัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ และประโยชน์ที่จะเกิดแก่ส่วนรวมนั้นมีความคุ้มค่าเมื่อเทียบกับภาระที่จะเกิดแก่ผู้ขออนุญาต อันเป็นข้อพิจารณาตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ ส่วนหลักเกณฑ์สารบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาต เช่น คุณสมบัติของบุคคล เงื่อนไขในการดำเนินการต่าง ๆ กฎหมายพึงกำหนดเพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์ของส่วนรวมที่มุ่งคุ้มครองภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุเช่นเดียวกัน

(1) เป็นกิจกรรมที่กระทบต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย สุขอนามัย การสาธารณสุข ความมั่นคงและความปลอดภัยในการครอบครองทรัพย์สิน และการดำรงชีวิตของประชาชน เพื่อให้มีการตรวจสอบจากรัฐว่าผู้ทำกิจกรรมนั้นได้ดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรฐานหรือหลักการในแต่ละกรณี อันจะทำให้ประชาชนสามารถดำเนินชีวิตได้อย่างปกติสุข

(2) เป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐ ทรัพยากรธรรมชาติหรือประโยชน์สาธารณะ ซึ่งรัฐมีความจำเป็นต้องเข้ามาควบคุมหรือกำกับดูแลเพื่อให้การจัดสรรแบ่งส่วนมีความสมดุลระหว่างการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของบุคคลกับผลประโยชน์ส่วนรวม

(3) เป็นกิจกรรมที่กระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมในเรื่องความมั่นคงปลอดภัยทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศซึ่งรัฐจำเป็นต้องใช้ดุลพินิจระดับสูงในการพิจารณา

(4) เป็นกิจกรรมที่จำเป็นต้องใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทางหรือผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านซึ่งประชาชนหรือผู้บริโภคประสบความสำเร็จในการวิเคราะห์หรือตรวจสอบมาตรฐาน หรือประเมินคุณภาพของผู้ให้บริการ หรือไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลได้หากไม่มีเกณฑ์มาตรฐานหรือการรับรองจากภาครัฐว่าผู้ให้บริการนั้นได้รับการอนุญาตให้เป็นผู้ดำเนินการหรือประกอบกิจการดังกล่าว ทั้งนี้ มาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพสามารถกระทำได้เพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพเท่าที่จำเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอื่น

(5) เป็นกิจกรรมที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่วนหลักเกณฑ์สารบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาต เช่น คุณสมบัติของบุคคล เงื่อนไขในการดำเนินการต่าง ๆ กฎหมายพึงกำหนดเพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์ของส่วนรวมที่มุ่งคุ้มครองภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุเช่นเดียวกัน

2) กรณีที่จำเป็นต้องใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย ควรกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ โดยกำหนดหลักเกณฑ์การออกใบอนุญาตให้ชัดเจน รวมทั้งกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาให้ชัดเจน โดยเฉพาะกระบวนการพิจารณาอนุญาตต้องไม่มีขั้นตอนที่ยุ่งยากซับซ้อนจนเกินสมควร มีความชัดเจน โปร่งใส และมีหลักประกันการพิจารณาของเจ้าหน้าที่อย่างเป็นกลาง ตลอดจนมีค่าใช้จ่ายพอสมควรแก่เหตุและได้สัดส่วนกับต้นทุนในการดำเนินการของทางราชการ ทั้งนี้ หน่วยงานภาครัฐจะต้องดำเนินการให้กระบวนการอนุญาตมีความสะดวก รวดเร็ว และไม่เป็นการแก่ประชาชน เช่น การใช้ระบบศูนย์บริการจุดเดียวเบ็ดเสร็จ (one stop service) ในการรับคำขออนุญาต หรือการใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ในการยื่นคำขออนุญาตออนไลน์ เพื่อเป็นการประหยัดเวลาและต้นทุนค่าใช้จ่ายในการขออนุญาต เป็นต้น

ส่วนกรณีอื่น ๆ ที่พิจารณาแล้วไม่จำเป็นต้องใช้มาตรการควบคุมในระดับการอนุญาต เห็นควรใช้มาตรการควบคุมในระดับที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยกว่าระบบอนุญาตลงไป เพื่อเป็นการเอื้อประโยชน์ต่อการลงทุนและการประกอบธุรกิจให้สามารถดำเนินการได้อย่างสะดวก รวดเร็ว เพราะไม่ต้องรอผลการพิจารณาของทางราชการก่อนดำเนินการ เช่น การใช้ระบบการแจ้งก่อนดำเนินการอันเป็นมาตรการควบคุมภายหลัง ที่ให้บุคคลดำเนินการตามความประสงค์ไปก่อน และให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการตรวจสอบในภายหลัง โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจสั่งให้แก้ไขการกระทำหรือ

ให้หยุดการดำเนินการนั้นได้ หากพบว่า การดำเนินการไม่เป็นไปตามกฎหมาย แต่ทั้งนี้การแจ้งก่อนดำเนินการสมควรนำมาใช้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจเท่านั้น

นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการนำนโยบายของรัฐไปปฏิบัติให้เกิดผลอย่างเป็นรูปธรรม จะต้องมีความรู้ ความเข้าใจในหลักการสำคัญของระบบอนุญาต และบริบทของการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ อันจะเป็นประโยชน์ต่อการใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจอนุมัติโครงการต่าง ๆ ได้อย่างรวดเร็วและเป็นไปตามกฎหมาย

3) ทบทวนปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ ที่ใช้ระบบอนุญาตในปัจจุบัน โดยเฉพาะกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการดำเนินธุรกิจและการประกอบอาชีพของประชาชน รวมทั้งปรับปรุงกระบวนการเพื่อลดภาระแก่ประชาชน และสร้างศักยภาพในการแข่งขัน ด้านการค้าและการลงทุนของประเทศ โดยจะต้องมีการประเมินทั้งในด้านกฎหมาย ด้านเศรษฐศาสตร์ รวมทั้งด้านการบริหารจัดการด้านอื่น ๆ ด้วย โดยในมิติของการทบทวนด้านกฎหมายมีข้อพิจารณา เช่น มีฐานอำนาจทางกฎหมายรองรับหรือไม่ กฎหมายซ้ำซ้อนหรือขัดแย้งกับกฎหมายอื่นหรือไม่ มีกฎหมายอื่นที่มีผลในการยกเว้นหรือผ่อนผันหรือไม่ มีการประกาศกฎหมายที่ให้อำนาจในราชกิจจานุเบกษาแล้วหรือไม่ เป็นต้น ส่วนในมิติด้านเศรษฐศาสตร์ มีข้อพิจารณา เช่น กระบวนการในการอนุญาตที่ทบทวนนั้นมีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนหรือไม่ และวัตถุประสงค์ดังกล่าวเหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบันหรือไม่ หรือมีทางเลือกอื่น ๆ ที่สามารถลดต้นทุนและลดภาระในการอนุญาต โดยยังสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้หรือไม่ เช่น อาจจะใช้ระบบการรายงานแทนการอนุญาตหากวัตถุประสงค์เป็นเพียงเพื่อการเก็บข้อมูลเท่านั้น เนื่องจากการต่อใบอนุญาตหลายรายการต้องยื่นเอกสารจำนวนมากซ้ำกับเอกสารที่เคยยื่นไปแล้วในครั้งแรกทั้งที่ไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงใด ๆ อีกในกรณีเหล่านี้ ควรยกเลิกการอนุญาตหรือเปลี่ยนจากการอนุญาตเป็นเพียงการแจ้งเท่านั้น หรือยืดอายุของใบอนุญาต เพื่อลดภาระความถี่ในการต่อใบอนุญาต เป็นต้น

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

- บรรเจิด สิงคะเนติ.(2547). **หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ**  
กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน.
- ปริญญญา เทวานฤมิตรกุล. (2545). **เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ. ใน สารานุกรมรัฐธรรมนูญ**  
**แห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) หมวดสิทธิเสรีภาพ เรื่อง 6. สิทธิเสรีภาพและ**  
**การมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน.** กรุงเทพมหานคร : องค์การค้ำชูสุสภา.
- พรชัย เลื่อนฉวี. (2553). **กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง.** พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร:  
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- โกคิน พลกุล. (2539). **หลักกฎหมายมหาชน.** กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ฤทัย หงส์สิริ. (2547) **นิติกรรมทางปกครอง, ใน คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง.** พิมพ์ครั้งที่ 4  
กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ: ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและ**  
**เสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ได้อย่างเหมาะสม.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- วิชญ์ เครื่องาม. (2530). **กฎหมายรัฐธรรมนูญ.** กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ คณะนิติศาสตร์  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สมยศ เชื้อไทย. (2553) **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น.** พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2560) **รายงานการศึกษา เรื่อง การใช้ระบบอนุญาตและ**  
**มาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในระบบกฎหมายต่างประเทศ.** กรุงเทพมหานคร :  
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- หยุด แสงอุทัย. (2542). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป.** พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร :  
ประกายพริก.

### บรรณานุกรม (ต่อ)

#### วารสาร

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2529). **ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน**. บทบัณฑิตย, เล่มที่ 42 ตอน 3.
- คณพล จันทร์หอม และคณะ. **การป้องกันและปราบปรามการแสวงหาผลประโยชน์จากการอนุญาตโดยใช้อำนาจรัฐ, วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย, ปีที่ 10 ฉบับที่ 1.**
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (2543). **เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย, วารสารนิติศาสตร์ 30(2), มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.**
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2534), **การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ**. บทบัณฑิตย, เล่มที่ 47 ตอน 1.

#### วิทยานิพนธ์

- อนุวัฒน์ บุญนันท์. (2554) **การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ ในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ สาขากฎหมายมหาชน.

#### ฐานข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

- สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, **รายงานฉบับสมบูรณ์ ผลการศึกษาวิเคราะห์ทบทวนกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับและกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาต เพื่อปรับปรุง แก้ไข กระบวนการ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตในประเทศไทย และผลการวิเคราะห์ผลการประเมินเชิงต้นทุนและผลประโยชน์เชิงเศรษฐศาสตร์**. สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <http://tdri.or.th/2020/07/regulatory-guillotine/>
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา **สรุปผลการสัมมนา โครงการพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง การใช้ระบบอนุญาตในการตรากฎหมาย**. สืบค้นเมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน 2564, จาก <http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/article77/file/3-01.pdf>
- เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. **อำนาจดุลพินิจและการควบคุมตรวจสอบอำนาจดุลพินิจ**. สืบค้นเมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน 2564, จาก <http://law.stou.ac.th/dynfiles/Ex.41712-9.pdf>

## ประวัติผู้ศึกษา

|                        |                                                                                                                                 |
|------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ชื่อ - สกุล            | ศุภกร ฮั่นตระกูล                                                                                                                |
| ตำแหน่งหน้าที่ปัจจุบัน | นิติกรชำนาญการพิเศษ<br>กลุ่มงานคณะกรรมการกิจการสภาผู้แทนราษฎร<br>สำนักกรรมการ 2                                                 |
| ชื่อหน่วยงาน           | สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร                                                                                                 |
| ประวัติการศึกษา        | นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง<br>นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน<br>คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต |