



สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
Office of the Council of State

รายงานข้อเสนอต่อรัฐบาล

- ระบบอนุญาต ปัญหาและทางออก
- ระบบคณะกรรมการกับการบริหารราชการแผ่นดิน
- การใช้ดุลพินิจในกฎหมายปกครองของไทย
- การกำหนดโทษทางอาญากับประสิทธิภาพ
ในการบังคับใช้กฎหมาย

เสนอโดย
คณะผู้บริหาร
งานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง
รุ่นที่ ๖

รายงานฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการฝึกอบรมหลักสูตร
ผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง รุ่นที่ ๖
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
พ.ศ. ๒๕๖๐

คำนำ

โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ได้มีการประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ ๖ เมษายน ๒๕๖๐ นับเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ ๒๐ ของประเทศไทย ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ถูกตราขึ้นเพื่อใช้เป็นหลักในการปกครองและเป็นการจัดโครงสร้างหน้าที่และอำนาจขององค์กรของรัฐต่าง ๆ ให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตามสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังได้กำหนดกลไกการปฏิรูปกระบวนการตรากฎหมายอย่างเป็นระบบดังปรากฏรายละเอียดในบทบัญญัติมาตรา ๗๗ และมาตรา ๒๕๘ ค. ด้านกฎหมาย ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

สาระสำคัญของบทบัญญัติมาตรา ๗๗ นั้น ได้กำหนดมาตรการที่สำคัญไว้ ๔ ประการ ได้แก่

(๑) *มาตรการทั่วไป* เป็นการบัญญัติให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงพอที่จำเป็น มีการยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือเป็นอุปสรรคต่อประชาชน และการดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่าย

(๒) *มาตรการก่อนการตรากฎหมาย* เป็นการกำหนดกลไกก่อนการตรากฎหมาย โดยรัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย รวมทั้งการเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน

(๓) *มาตรการภายหลังกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว* โดยกำหนดให้รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยจะต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องด้วย

(๔) *มาตรการควบคุมเนื้อหาของร่างกฎหมาย* ไม่ว่าจะเป็นระบบอนุญาต ระบบคณะกรรมการ การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ และการกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตระหนักและเล็งเห็นความสำคัญของการดำเนินการตามบทบัญญัติมาตรา ๗๗ ที่กล่าวไว้ข้างต้น และโดยที่ภารกิจหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวข้องกับการจัดทำและการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ และข้อบังคับให้กับหน่วยงานของรัฐ จึงมีความเกี่ยวพันโดยตรงในมาตรการควบคุมเนื้อหาของร่างกฎหมาย ดังนั้น เพื่อเป็นการสร้างความรู้และความเข้าใจที่ถูกต้อง สำนักงานฯ จึงได้นำหลักการของมาตรการควบคุมเนื้อหาของร่างกฎหมาย มากำหนดเป็นหัวข้อในการศึกษาหลักสูตรผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง รุ่นที่ ๖ โดยมีการกำหนดประเด็นการศึกษาแบ่งเป็น ๔ หัวข้อ ดังนี้

๑. ระบบอนุญาต ปัญหาและทางออก

๒. ระบบคณะกรรมการกับการบริหารราชการแผ่นดิน

๓. การใช้ดุลพินิจในกฎหมายปกครองของไทย

๔. การกำหนดโทษทางอาญากับประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย

รายงานฉบับนี้เป็นการศึกษาหลักการทางวิชาการ วิเคราะห์สภาพปัญหาที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งนำเสนอข้อเสนอแนะต่าง ๆ จากผู้เข้าร่วมการศึกษาหลักสูตรผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐ

ระดับสูง รุ่นที่ ๖ โดยหวังเป็นอย่างยิ่งว่าบทสรุปและข้อเสนอแนะต่าง ๆ น่าจะเป็นประโยชน์ในการพัฒนาองค์ความรู้ทางกฎหมาย เป็นการดำเนินการที่สอดคล้องกับแนวทางการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมาย และเป็นข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐต่าง ๆ และเป็นประโยชน์ต่อประชาชนผู้สนใจต่อไป

คณะผู้ศึกษาหลักสูตรผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง รุ่นที่ ๖
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
ธันวาคม ๒๕๖๐

บทสรุปผู้บริหาร (Executive Summary)

บทที่ ๑	ระบบอนุญาต ปัญหา และทางออก	๑
	๑. บทนำ	๑
	๒. แนวความคิดเกี่ยวกับระบบอนุญาตในประเทศไทย	๒
	๓. แนวความคิดเกี่ยวกับระบบอนุญาตของต่างประเทศ	๘
	๔. ปัญหาของระบบอนุญาต	๑๕
	๕. บทสรุปและข้อเสนอแนะ	๒๔
บทที่ ๒	ระบบคณะกรรมการกับการบริหารราชการแผ่นดิน	๒๗
	๑. บทนำ	๒๗
	๒. แนวคิดในการนำระบบคณะกรรมการมาใช้ในการบริหารราชการแผ่นดิน	๒๘
	๓. ประเภทของคณะกรรมการ	๒๘
	๔. องค์ประกอบของคณะกรรมการ	๓๒
	๕. ข้อดีและข้อเสียของระบบคณะกรรมการ	๓๓
	๖. ความพยายามในการจำกัดการใช้ระบบคณะกรรมการในการบริหารราชการแผ่นดิน	๓๕
	๗. ความพยายามในการลดและจำกัดจำนวนคณะกรรมการในประเทศไทย	๔๒
	๘. บทสรุปและข้อเสนอแนะ	๔๖
บทที่ ๓	การใช้ดุลพินิจในกฎหมายปกครองของไทย	๕๐
	๑. บทนำ	๕๐
	๒. ความหมายของดุลพินิจ	๕๐
	๓. ประเภทของดุลพินิจ	๕๒
	๔. แนวความคิดเกี่ยวกับดุลพินิจในต่างประเทศ	๕๔
	๕. กระบวนการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง	๕๘
	๖. การควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองในประเทศไทย	๖๔
	๗. หลักเกณฑ์ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย	๖๗
	๘. บทสรุปและข้อเสนอแนะ	๗๒
บทที่ ๔	การกำหนดโทษอาญากับประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย	๗๔
	๑. บทนำ	๗๔
	๒. นิยามและวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา	๗๗
	๓. รูปแบบและขนาดของโทษอาญา	๘๓

	หน้า
๔. ประสิทธิภาพในการบังคับใช้โทษอาญา	๙๒
๕. หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย	๙๕
๖. บทสรุปและข้อเสนอแนะ	๑๐๒
บทที่ ๕	
การศึกษางานเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้	๑๐๔
๑. บทนำ	๑๐๔
๒. การเกิดกฎหมายกลางเพื่อการปฏิรูปกฎหมาย	๑๐๔
๓. การตั้งหน่วยงานกลางเพื่อการพัฒนากฎหมาย	๑๐๕
๔. การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย (Regulatory Impact Analysis (RIA)	๑๐๖
๕. คณะกรรมการและหน่วยงานที่สำคัญเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้	๑๐๗
๖. บทบาทในการปฏิรูปกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการการปฏิรูปกฎหมาย (Regulatory Reform Office (RRO))	๑๐๘
๗. บทบาทในการปฏิรูปกฎหมายของสถาบันวิจัยกฎหมายแห่งประเทศเกาหลีใต้ (Korea Legislation Research Institute (KLRI))	๑๑๑
๘. บทบาทในการปฏิรูปกฎหมายของสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศเกาหลีใต้ (The Federation of Korea Industries (FKI))	๑๑๑
๙. บทบาทในการปฏิรูปกฎหมายของสถาบันรัฐประศาสนศาสตร์แห่งประเทศเกาหลีใต้ (Korea Institute of Public Administration (KIPA))	๑๑๒
๑๐. การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในภาพรวมของประเทศเกาหลีใต้	๑๑๓
ภาคผนวก	
รายนามคณะผู้เข้าร่วมศึกษาหลักสูตรผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง รุ่นที่ ๖	๑๑๙

บทสรุปผู้บริหาร (Executive Summary)

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ดำเนินการจัดทำโครงการฝึกอบรมหลักสูตรผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง รุ่นที่ ๒ ขึ้น ซึ่งหลักสูตรดังกล่าวนี้มีความมุ่งหมายให้ผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูงมีความรู้ ความสามารถ สมรรถนะ และทัศนคติเกี่ยวกับการวางแผนเสนอร่างกฎหมายและการจัดทำร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชน นโยบายของรัฐบาล ยุทธศาสตร์ชาติ แผนการปฏิรูปประเทศ แผนการบริหารราชการแผ่นดิน และสถานการณ์ของโลกที่เปลี่ยนแปลงไป รวมทั้งได้แลกเปลี่ยนองค์ความรู้และการถ่ายทอดประสบการณ์การบังคับใช้กฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานของตน เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสมตั่งเจตนารมณ์ของกฎหมายและสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ และโดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ได้มีการประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ ๖ เมษายน ๒๕๖๐ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ถูกตราขึ้นเพื่อใช้เป็นหลักในการปกครองและเป็นการจัดโครงสร้างหน้าที่และอำนาจขององค์กรของรัฐต่าง ๆ ให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งสาระสำคัญประการหนึ่งแห่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ คือ การกำหนดกลไกการปฏิรูปกระบวนการตรากฎหมายอย่างเป็นระบบตามมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญ สำนักงานฯ ได้ตระหนักและเล็งเห็นความสำคัญของการดำเนินการตามมาตรา ๗๗ ประกอบกับการปฏิบัติงานที่ของสำนักงานฯ มีความเกี่ยวข้องกับการจัดทำและการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ และข้อบังคับให้กับหน่วยงานของรัฐ จึงมีความเกี่ยวพันโดยตรงกับมาตรการควบคุมเนื้อหาของร่างกฎหมายตามมาตรา ๗๗ ววรรคสาม โดยปริยาย ดังนั้น เพื่อเป็นการสร้างความรู้และความเข้าใจที่ถูกต้อง สำนักงานฯ จึงได้นำหลักการของมาตรการควบคุมเนื้อหาของร่างกฎหมายมากำหนดเป็นหัวข้อในการศึกษาหลักสูตรผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง รุ่นที่ ๒ โดยมีการกำหนดประเด็นการศึกษาแบ่งเป็น ๔ ประเด็น ดังนี้

๑. ระบบอนุญาต ปัญหาและทางออก
 ๒. ระบบคณะกรรมการกับการบริหารราชการแผ่นดิน
 ๓. การใช้ดุลพินิจในกฎหมายปกครองของไทย
 ๔. การกำหนดโทษทางอาญากับประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย
- ซึ่งสามารถสรุปผลการศึกษาในแต่ละประเด็นได้ ดังต่อไปนี้

ประเด็นที่ ๑ ระบบอนุญาต ปัญหาและทางออก

โดยที่ระบบอนุญาตในกฎหมายถูกกำหนดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในเชิงควบคุม กำกับ หรือจัดระเบียบเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการประกอบกิจการของประชาชน รวมทั้งเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะในด้านต่าง ๆ เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือความปลอดภัยของสังคม การบริการสาธารณะ และการพัฒนาประเทศทั้งทางด้านเศรษฐกิจและสังคม นอกจากนี้ยังเป็นเครื่องมือของรัฐในการขับเคลื่อนนโยบาย การบริหารราชการ และการดำเนินการตามภารกิจของรัฐอีกด้วย แต่อย่างไรก็ดี การใช้ระบบอนุญาตในกฎหมายเพื่อควบคุมและกำกับดังกล่าวก็เป็นการกระทบต่อการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลและเป็นภาระงบประมาณของภาครัฐด้วยเช่นกัน กล่าวคือ เมื่อรัฐใช้ระบบอนุญาตกับการดำเนินการหรือประกอบกิจการใดของประชาชนเป็นจำนวนมากย่อมเป็นการกระทบต่อเสรีภาพของประชาชน และก่อให้เกิดภาระจนเกินสมควรทั้งต่อภาคเอกชน

และเจ้าหน้าที่รัฐ และยังก่อให้เกิดผลเสียต่อการพัฒนาระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศด้วย จากการศึกษาและวิเคราะห์ระบบอนุญาตในประเทศไทย พบว่า มีปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดระบบอนุญาตในกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องดังกล่าว ซึ่งมีรายละเอียดโดยสรุปดังนี้

๑. ปัญหาเกี่ยวกับการยื่นขอรับใบอนุญาต

๑) ความซ้ำซ้อนในกระบวนการขออนุญาต

กฎหมายหลายฉบับกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการจะต้องดำเนินการขออนุญาตในเรื่องเดียวกันซ้ำซ้อนกันหลายขั้นตอนและหลายกฎหมาย โดยไม่มีการบูรณาการการทำงานระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ทำให้การขออนุญาตในเรื่องเดียวกันต้องดำเนินการขออนุญาตและมีการตรวจสอบซ้ำซ้อนกันหลายขั้นตอนหลายกฎหมาย ซึ่งการกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการจะต้องดำเนินการขออนุญาตในเรื่องเดียวกันซ้ำซ้อนกันหลายขั้นตอนหลายกฎหมายเช่นนี้ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ประกอบการเป็นอย่างมาก ตัวอย่างเช่น การนำสินค้าจากต่างประเทศเข้ามาขายในประเทศเพื่อใช้บริโภค นอกจากผู้นำเข้าต้องดำเนินการขอใบอนุญาตนำเข้าตามกฎหมายว่าด้วยการส่งออก ไปนอกและการนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้าแล้ว ยังต้องดำเนินการขอใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยอาหาร และใบอนุญาตค้าซากสัตว์ตามกฎหมายว่าด้วยโรคระบาดสัตว์ด้วย

๒) ความล้าสมัยของบทบัญญัติเกี่ยวกับระบบอนุญาตในกฎหมาย

กฎหมายบางฉบับใช้บังคับมาเป็นระยะเวลายาวนาน ทำให้ระบบอนุญาตที่บัญญัติไว้ในกฎหมายดังกล่าวไม่ทันสมัยและไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน เช่น การขออนุญาตโฆษณาตามพระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง พ.ศ. ๒๔๙๓ ซึ่งกำหนดให้ผู้ที่ต้องการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียงด้วยกำลังไฟฟ้า จะต้องขอรับอนุญาตต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อน เมื่อได้รับอนุญาตแล้วจึงทำการโฆษณาได้ รวมทั้งเมื่อได้รับใบอนุญาตแล้ว จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดด้วย

๓) การกำหนดคุณสมบัติที่เป็นอุปสรรคในการประกอบอาชีพและเป็นภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น

ระบบอนุญาตในกฎหมายบางฉบับเป็นภาระเกินความจำเป็นและเป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพ เช่น พระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. ๒๕๖๐ กำหนดให้ผู้ประสงค์จะปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ให้บริการในสถานประกอบการเพื่อสุขภาพต้องยื่นคำขอจดทะเบียนเป็นผู้ให้บริการในสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ และได้กำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้ที่ประสงค์จะปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ให้บริการในสถานประกอบการเพื่อสุขภาพไว้ โดยต้องไม่เป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่า เป็นผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี

๔) การกำหนดให้ยื่นขอใบอนุญาตที่เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก

การประกอบกิจการบางอย่างมีความเกี่ยวข้องกับกลไกในการควบคุมหรือกำกับของหน่วยงานของรัฐในหลายเรื่อง เช่น การประกอบกิจการของร้านค้าปลีกขนาดเล็กหรือร้านโชห่วย ในขั้นตอนแรกจะต้องจดทะเบียนพาณิชย์ต่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ และกรณีสินค้าที่จำหน่ายเป็นสินค้าที่ต้องมีใบอนุญาตในการจำหน่ายก็จะต้องขอใบอนุญาตสำหรับการขายสินค้าแต่ละประเภทที่แตกต่างกันด้วย เช่น สุรา ยาสูบ และไฟ นอกจากนี้ หากมีรายรับจากการขายสินค้าหรือให้บริการต่อปีเกินกว่าจำนวนที่กฎหมาย จะต้องจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มเพื่อเป็นผู้ประกอบการ

จดทะเบียน ไม่ว่าจะประกอบกิจการทั้งประเภทที่เป็นเจ้าของคนเดียว เจ้าของหลายคน ห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ซึ่งการที่มีใบอนุญาตที่เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมากทำให้เป็นภาระแก่ผู้ขออนุญาตในการยื่นคำขอจากหน่วยงานหลายแห่ง เนื่องจากผู้อนุญาตตามกฎหมายแต่ละฉบับเป็นคนละหน่วยงาน จึงมีอำนาจหน้าที่และสถานที่ยื่นคำขอต่างหากจากกัน และหากธุรกิจประเภทใดที่ต้องใช้ใบอนุญาตหลายประเภทก็ย่อมเป็นไปได้อย่างมากที่การขออนุมัติหรืออนุญาตจะใช้ระยะเวลาเนิ่นนาน

๒. ปัญหาเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาต

๑) การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่

ในการอนุมัติหรืออนุญาตมักจะเป็นกรณีที่ต้องมีการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยเสมอ ซึ่งหากกฎหมายมิได้กำหนดระยะเวลาการพิจารณาอนุมัติอนุญาตหรือกำหนดเอกสารหลักฐานที่จะใช้ในการยื่นคำขออนุญาตไว้ชัดเจน ทำให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตสามารถใช้ดุลพินิจได้ตามอำเภอใจ และเป็นช่องทางให้ประชาชนที่ต้องการให้คำขออนุญาตของตนได้รับการพิจารณาอย่างรวดเร็วก็อาจใช้ช่องโหว่ของกฎหมายดังกล่าวกระทำการใดเพื่อจูงใจเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตใช้อำนาจในทางที่มีขอบได้

๒) ความรู้ความเชี่ยวชาญของเจ้าหน้าที่

กรณีการอนุมัติหรืออนุญาตในเรื่องที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางเทคนิคที่จำเป็นต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตไม่มีความรู้ความชำนาญในเรื่องนั้น ๆ อย่างแท้จริงอาจทำให้เกิดผลที่คลาดเคลื่อนในการอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือดำเนินการของบุคคลได้ รวมทั้งอาจส่งผลกระทบต่อสาธารณะกรณีที่เป็นการอนุญาตในเรื่องที่เกี่ยวกับความปลอดภัยสาธารณะด้วย

๓. ปัญหาเกี่ยวกับหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่หรือเกี่ยวข้องกับการพิจารณาอนุญาต

การพิจารณาอนุญาตในหลายกรณีมีความเกี่ยวข้องกับหน่วยงานหลายแห่ง ซึ่งหากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่มีการบูรณาการการดำเนินงานร่วมกัน หรือเป็นกรณีที่หน่วยงานแต่ละแห่งเห็นว่าเรื่องนี้ไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน แต่เป็นอำนาจหน้าที่ของอีกหน่วยงานหนึ่งจึงไม่ยอมดำเนินการย่อมมีผลทำให้การดำเนินการในกระบวนการพิจารณาอนุญาตเป็นไปอย่างล่าช้าและไม่มีประสิทธิภาพ

๔. ปัญหาเกี่ยวกับระบบฐานข้อมูลในการพิจารณาอนุญาต

๑) การไม่มีระบบฐานข้อมูลหรือระบบฐานข้อมูลไม่เป็นปัจจุบัน แม้ว่าหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการออกใบอนุญาตจะมีความพยายามในการจัดทำระบบฐานข้อมูลของแต่ละหน่วยงานให้ทันสมัยและเป็นปัจจุบันอยู่เสมอ รวมทั้งการจัดทำฐานข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์หรือฐานข้อมูลออนไลน์เพื่อความสะดวกในการสืบค้นแล้ว แต่อย่างไรก็ดี การจัดทำฐานข้อมูลอาจยังไม่ครอบคลุมในอนุญาตทุกกรณี เมื่อเปรียบเทียบกับจำนวนหน่วยงานที่รับผิดชอบในการพิจารณาอนุญาตตามกฎหมายทั้งหมด

๒) ระบบฐานข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ของหน่วยงานของรัฐยังมีความเป็นเอกเทศ ไม่สามารถเชื่อมโยงข้อมูลระหว่างกันได้อย่างครบถ้วน

๕. ปัญหาเกี่ยวกับการใช้บังคับกฎหมายกลางที่กำหนดเกี่ยวกับระบบอนุญาต

หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการอนุญาตของทางราชการซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนในการพิจารณาเกี่ยวกับการอนุญาตนั้น บางเรื่องยังไม่สามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ หรือดำเนินการล่าช้า และบางเรื่องยังไม่สามารถดำเนินการได้จริงในทางปฏิบัติ

แม้ว่าจะมีความพยายามของภาครัฐในการลดการตรากฎหมายที่ใช้ระบบอนุญาต แต่การตรากฎหมายโดยใช้ระบบอนุญาตมิได้ลดลง ซึ่งหากปล่อยให้แต่ละหน่วยงานใช้ดุลพินิจในการประเมินความจำเป็นในการใช้ระบบอนุญาตโดยไม่กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไว้อาจทำให้จำนวนกฎหมายที่ใช้ระบบอนุญาตไม่ลดลงด้วย ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความจำเป็นในการตรากฎหมายที่จะใช้ระบบอนุญาตในรูปแบบของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เพื่อใช้เป็นแนวทางและเป็นที่ยอมรับทั้งจากฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติต่อไป โดยมีข้อเสนอแนะในการดำเนินการ ดังต่อไปนี้

๑. กำหนดให้มีการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมายเท่าที่จำเป็น เว้นแต่มีเหตุจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์ของประเทศชาติหรือประชาชน หรือมีกรณีจำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

๒. ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้ระบบอนุญาตในเรื่องใด ควรมีข้อพิจารณา
๓ ประการ ได้แก่

๑) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการควบคุม รวมทั้งภาระที่จะเกิดขึ้นแก่บุคคล โดยการกำหนดเงื่อนไข การตรวจสอบคุณสมบัติ และการดำเนินการของผู้ขออนุญาตจะต้องอยู่ภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งพึงกำหนดหลักเกณฑ์เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์ส่วนรวมที่มุ่งคุ้มครองเท่านั้น นอกจากนี้ ต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน ซึ่งจะต้องพิจารณาความคุ้มค่าของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเมื่อเปรียบเทียบกับภาระที่จะเกิดขึ้นแก่บุคคลด้วย

๒) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกรอบการพิจารณาอนุญาตของเจ้าหน้าที่ ซึ่งกฎหมายที่กำหนดให้ใช้ระบบอนุญาตควรกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ไว้ด้วย และเพื่อให้การพิจารณาของเจ้าหน้าที่เกิดความชัดเจน โปร่งใส จะต้องมีการเผยแพร่แนวทางในการใช้ดุลพินิจให้ประชาชนทราบด้วย

๓) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการระยะเวลาและขั้นตอนในการพิจารณาอนุญาต โดยสมควรกำหนดระยะเวลาและขั้นตอนยื่นคำขออนุญาตดำเนินการต่าง ๆ ไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และต้องคำนึงถึงการอำนวยความสะดวกในการขออนุญาตของประชาชนประกอบด้วย ทั้งนี้ เพื่อแก้ไขปัญหาล่าช้าในการพิจารณาใบอนุญาตและลดการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาอนุญาต ควรกำหนดเกณฑ์กลางไว้ในกฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับ ให้นำระบบอนุญาตโดยปริยายตามที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ มาใช้กับกรณีที่เจ้าหน้าที่พิจารณาอนุมัติหรืออนุญาตที่ไม่แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยให้ถือว่าได้รับอนุญาตตามคำขอ

๓. กำหนดให้มีกลไกในการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาต เช่น การกำหนดหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบเกี่ยวกับระบบอนุญาตทั่วประเทศ เพื่อให้การดำเนินการเกี่ยวกับการพิจารณาอนุญาตเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน การนำระบบอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในระบบอนุญาต และการเชื่อมโยงระบบฐานข้อมูลของรัฐร่วมกัน

๔. การทบทวนระบบการอนุญาตในกฎหมายปัจจุบันเพื่อนำไปสู่การยกเลิกหรือปรับเปลี่ยนจากระบบอนุญาตเป็นการกำกับดูแลโดยใช้มาตรการที่เข้มงวดน้อยลง เช่น การแจ้ง การรับรอง หรือการจดทะเบียน โดยอาจริเริ่มจากการทบทวนกฎหมายตามหมวดหมู่หรือตามวัตถุประสงค์ เช่น กลุ่มกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพหรือการค้าเสรีหรือการดำเนินธุรกิจของประชาชน เป็นต้น

ประเด็นที่ ๒ ระบบคณะกรรมการกับการบริหารราชการแผ่นดิน

การจัดองค์กรทางปกครองของประเทศไทยในอดีตจะอยู่ในอำนาจหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรม และอยู่ในการควบคุมดูแลโดยตรงของรัฐมนรีและคณะรัฐมนตรี โดยมีกมมอบให้เป็นความรับผิดชอบของบุคคลคนเดียว (Individual responsibility) มีอำนาจในการตัดสินใจและรับผิดชอบผลของการตัดสินใจนั้นในลักษณะของเจ้าภาพ ซึ่งมีข้อดีคือมีความสะดวกในการเร่งรัด ติดตาม และประเมินผลสัมฤทธิ์ของงาน อันช่วยให้การทำงานเป็นไปอย่างรวดเร็วและประหยัดค่าใช้จ่ายในการบริหารงานด้วย แต่การบริหารงานโดยบุคคลเพียงคนเดียวย่อมเป็นการเสี่ยงต่อการใช้ดุลพินิจโดยไม่รอบคอบ และเสี่ยงต่อการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ (Abuse of power) เพราะไม่มีการคานอำนาจการใช้ดุลพินิจ ประกอบกับงานบางอย่างจำเป็นต้องได้รับข้อมูลหรือมีความรู้หลายด้านหรือต้องการให้เกิดการประสานงานระหว่างหลายหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและผู้มีส่วนได้เสีย จึงเริ่มมีการใช้การบริหารงานโดยระบบคณะกรรมการซึ่งเป็นองค์กรกลุ่ม (Collectivity body) มากขึ้น โดยในช่วงก่อนปี พ.ศ. ๒๕๒๐ มีคณะกรรมการตามกฎหมายเพียง ๙๕ คณะเท่านั้น แต่ในปี ๒๕๔๖ มีคณะกรรมการตามกฎหมายเพิ่มขึ้นถึง ๒๕๐ คณะ รวมเป็น ๓๔๕ คณะ จนในปัจจุบันปี ๒๕๖๐ พบว่า มีคณะกรรมการรวมทั้งสิ้น ๖๕๐ คณะ โดยแบ่งเป็น คณะกรรมการตามรัฐธรรมนูญ จำนวน ๑๓ คณะ คณะกรรมการตามพระราชบัญญัติ จำนวน ๓๑๙ คณะ คณะกรรมการในระดับเขต จังหวัด อำเภอ หมู่บ้าน จำนวน ๓๕ คณะ คณะกรรมการตามมติคณะรัฐมนตรี จำนวน ๒๓๙ คณะ และคณะกรรมการตามประกาศหรือคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติและคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ จำนวน ๔๔ คณะ

จากข้อมูลของคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ พบว่า การนำระบบคณะกรรมการมาใช้ในประเทศไทยไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพตามเจตนารมณ์ของการตั้งคณะกรรมการ ทั้งยังก่อให้เกิดความล่าช้าในการบริการประชาชนด้วย ซึ่งความไม่มีประสิทธิภาพและความล่าช้าดังกล่าวนี้เนื่องจากสาเหตุ ๕ ประการ คือ

๑. ความซ้ำซ้อนของกรรมการที่เป็นองค์ประกอบของคณะกรรมการ ทำให้กรรมการดังกล่าวไม่สามารถเข้าร่วมประชุมได้ โดยอาจส่งหรือไม่ส่งผู้แทนเข้าร่วมประชุมแทน โดยการมอบหมายให้เข้าร่วมประชุมแทนยังมีการมอบหมายจนถึงเจ้าหน้าที่ระดับล่าง ซึ่งขาดความรู้ความชำนาญอย่างลึกซึ้งและไม่สามารถตัดสินใจแทนหน่วยงานได้ การประชุมเรื่องต่าง ๆ จึงไม่สามารถเสร็จสิ้นได้ในการประชุมเพียงครั้งเดียว

๒. การกำหนดให้คณะกรรมการทำงานที่เป็นงานบริหาร ระบบคณะกรรมการเหมาะสมกับงานที่ต้องการการปรึกษาหารือและการให้คำปรึกษาแนะนำ เพราะจะทำให้การตัดสินใจมีความละเอียดรอบคอบมากยิ่งขึ้น แต่ในปัจจุบันมีการกำหนดให้คณะกรรมการมีหน้าที่ในการบริหาร เช่น การอนุมัติ การอนุญาต ซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำ หรืองานซึ่งเจ้าหน้าที่สามารถตัดสินใจดำเนินการได้เองภายใต้ระเบียบและกฎเกณฑ์โดยมีผู้รับผิดชอบตามลำดับชั้นของการบริหาร ซึ่งการนำระบบคณะกรรมการมาใช้กับงานประจำดังกล่าว ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการนำ

ระบบคณะกรรมการมาใช้ในการบริหารราชการและทำให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินการและการตัดสินใจ

๓. มีขั้นตอนการทำงานมากและมีค่าใช้จ่ายสูง โดยฝ่ายเลขานุการฯ ต้องเตรียมการประชุม จากนั้นจึงประสานกับกรรมการแต่ละคนเพื่อกำหนดวันประชุม หากองค์ประกอบของคณะกรรมการมีความซ้ำซ้อนกันมากก็จะทำให้การนัดประชุมทำได้ยากขึ้นอีก นอกจากนี้ โอกาสที่จะประชุมแล้วได้ข้อสรุปในการประชุมเพียงครั้งเดียวเป็นไปได้น้อย ทำให้สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายในการประชุม ทั้งในรูปแบบของเบี้ยประชุม ค่าใช้จ่ายในการประชุม และค่าจัดทำเอกสารการประชุม

๔. พฤติกรรมเฉพาะของสังคมไทย (ความเกรงใจ) พฤติกรรมสังคม (Social behavior) เฉพาะของคนไทย ผู้มีอาวุโสหน่อยไม่กล้าแสดงความไม่เห็นด้วยกับผู้มีอาวุโสกว่า ทำให้การประชุมขาดการมีส่วนร่วม (Participation) และการระดมความคิดเห็น (Brainstorm) ผลการประชุมจึงมักเป็นไปตามความเห็นหรือข้อเสนอแนะของประธานกรรมการหรือเลขานุการฯ

๕. ประสิทธิภาพของฝ่ายเลขานุการ การทำงานในระบบคณะกรรมการต้องอาศัยข้อมูลและข้อเสนอของฝ่ายเลขานุการเป็นหลักในการพิจารณา หากฝ่ายเลขานุการไม่มีความรู้หรือไม่เอาใจใส่เรื่องที่ประชุม หรือไม่เตรียมข้อมูลมาเป็นอย่างดี ก็จะทำให้การทำงานของคณะกรรมการล่าช้า ทั้งยังเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้กรรมการเกิดความเบื่อหน่ายและไม่เข้าประชุมอีกด้วย

ดังนั้น เพื่อให้การนำระบบคณะกรรมการมาใช้ในการบริหารราชการแผ่นดินมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากยิ่งขึ้น จึงมีข้อเสนอดังต่อไปนี้

๑. ข้อเสนอเกี่ยวกับการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นใหม่

๑.๑ การจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นใหม่ต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็น เพื่อทำหน้าที่สำคัญตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมติคณะรัฐมนตรี วันที่ ๔ เมษายน ๒๕๖๐

๑.๒ ควรพิจารณาว่าอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการซ้ำซ้อนกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการอื่นที่มีอยู่แล้วหรือไม่ หากซ้ำซ้อนกันก็ไม่ควรจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นใหม่ หรือหากซ้ำซ้อนกันแค่เพียงบางส่วนโดยมีอำนาจบางประการของคณะกรรมการที่มีอยู่เดิมยังไม่ครอบคลุมถึงก็ควรพิจารณาปรับเปลี่ยนหรือเพิ่มอำนาจของคณะกรรมการที่มีอยู่แล้วให้ครอบคลุมภารกิจดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องตั้งคณะกรรมการขึ้นใหม่

๑.๓ ในกรณีที่จำเป็นต้องจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นใหม่ ต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมติคณะรัฐมนตรี วันที่ ๔ เมษายน ๒๕๖๐ และหลักเกณฑ์อื่น ๆ ดังต่อไปนี้

(๑) ขั้นตอนและวิธีการแต่งตั้งคณะกรรมการ การกำหนดขั้นตอนและวิธีการแต่งตั้งคณะกรรมการ ต้องไม่เป็นการเพิ่มพระราชภาระโดยไม่จำเป็น

(๒) องค์ประกอบของคณะกรรมการ

- องค์ประกอบของคณะกรรมการควรประกอบด้วยจำนวนคณะกรรมการเท่าที่จำเป็นโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิจารณาหรือเรื่องที่คณะกรรมการมีอำนาจโดยตรง เพราะจำนวนกรรมการที่มากเกินไปจะทำให้การนัดประชุมเป็นไปได้ยาก อันจะทำให้การดำเนินการพิจารณาของคณะกรรมการล่าช้าและสิ้นเปลืองงบประมาณอีกด้วย

- คณะกรรมการซึ่งทำหน้าที่วางกฎเกณฑ์หรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดต้องไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือผู้แทนหน่วยงานของรัฐที่อาจจะต้องอยู่ภายใต้

กฎเกณฑ์นั้นหรืออาจเป็นคู่กรณีในเรื่องนั้น และต้องมีการแยกหน้าที่ระหว่างผู้วางกฎเกณฑ์หรือผู้กำกับควบคุมออกจากผู้ปฏิบัติ

- ไม่กำหนดให้นายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการ เว้นแต่เป็นคณะกรรมการที่กำหนดนโยบายระดับชาติ

- กรรมการโดยตำแหน่งพึงมีตามความจำเป็น และการกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งบางตำแหน่งเป็นกรรมการ สมควรพิจารณากำหนดเท่าที่จำเป็น เช่น ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เลขาธิการ ก.พ. เนื่องจากตำแหน่งดังกล่าวมีหน้าที่ต้องให้ความเห็นชอบประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีในเรื่องที่เกี่ยวข้องอยู่แล้ว และในขณะที่มีกรรมการโดยตำแหน่ง เมื่อคณะกรรมการนั้นมีมติในเรื่องใด มติดังกล่าวย่อมผูกพันองค์กรที่กรรมการโดยตำแหน่งผู้นั้นดำรงตำแหน่งอยู่ด้วย เว้นแต่กรรมการผู้นั้นได้แสดงความไม่เห็นด้วยวิธีการลงคะแนนคัดค้านหรือบันทึกไม่เห็นด้วยในรายงานประชุมแล้ว

- การแต่งตั้งคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ให้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับความเชี่ยวชาญในเรื่องซึ่งเป็นหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการอย่างแท้จริง และห้ามแต่งตั้งบุคคลซึ่งมีลักษณะการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ทั้งนี้ ในการกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิต้องสอดคล้องกับหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการนั้นด้วย

- ควรนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ๒๕๑๙ มาพิจารณาประกอบการแต่งตั้งกรรมการ

- ผู้แทนที่เข้าประชุมแทนกรรมการโดยตำแหน่งควรเป็นผู้แทนที่มีความรู้ความเข้าใจ และสามารถตัดสินใจได้

- ควรมีการจัดทำฐานข้อมูลความเชี่ยวชาญของข้าราชการผู้ทรงคุณวุฒิ ทั้งที่ยังคงปฏิบัติราชการอยู่และที่เกษียณอายุไปแล้ว โดยควรแยกสาขาตามความเชี่ยวชาญให้ชัดเจน เพื่อให้ส่วนราชการสามารถนำบัญชีดังกล่าวไปพิจารณาประกอบการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิได้

(๓) ควรกำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จของการทำงานของคณะกรรมการที่ทำหน้าที่ในการบริหาร เช่น การอนุมัติ อนุญาต สำหรับคณะกรรมการที่ปรึกษาหรือคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิก็ควรกำหนดระยะเวลาเร่งรัดการปฏิบัติงานไว้เช่นเดียวกัน

๒. การกำหนดกลไกการปรับปรุงระบบคณะกรรมการตามกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับก่อนรัฐธรรมนูญ

มาตรา ๒๕๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับการปฏิรูปประเทศในด้านกฎหมายให้ต้องมีกลไกในการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับหลักการตาม มาตรา ๗๗ และพัฒนาให้สอดคล้องกับหลักสากล โดยการใช้ระบบคณะกรรมการต้องใช้เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้การทำงานเกิดความคล่องตัว ดังนั้น จะต้องมีการพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับไปก่อนรัฐธรรมนูญฉบับนี้ด้วย โดยในส่วนของ การดำเนินการให้เกิดผลนั้น มีข้อเสนอเพื่อการพิจารณาในเบื้องต้น ดังต่อไปนี้

๒.๑ กำหนดให้รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินั้น ๆ พิจารณาทบทวนเหตุผลและความจำเป็นที่จะต้องมีระบบคณะกรรมการไว้ในกฎหมายที่ตนเองรักษาการ โดยควร

พิจารณาว่าคณะกรรมการที่มีอยู่ยังคงมีความจำเป็นอยู่หรือไม่ หรือควรปรับปรุงหรือแก้ไขกฎหมาย เพื่อให้การดำเนินการของคณะกรรมการมีความคล่องตัว หากเห็นว่ามีความจำเป็นต้องมี คณะกรรมการจะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการให้สอดคล้องกับ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและมติคณะรัฐมนตรีด้วย

๒.๒ กำหนดให้ต้องมีการเสนอผลการพิจารณาต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา โดยรัฐมนตรีผู้รักษาการต้องจัดทำรายงานแสดงผลและความจำเป็นที่จะต้องมี ยกเลิก หรือ ปรับปรุงระบบคณะกรรมการตามกฎหมายนั้นต่อไปและเหตุที่ไม่มีการบังคับใช้หรือปฏิบัติตาม กฎหมายนั้น

๒.๓ ควรมีการกำหนดกฎหมายกลางเกี่ยวกับคณะกรรมการ เพื่อเป็นหลักเกณฑ์ ขั้นต่ำสำหรับการพิจารณาระบบคณะกรรมการแต่ละประเภทในกฎหมาย เพื่อให้หน่วยงานของรัฐ ใช้เป็นแนวทางในการพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคณะกรรมการ

๒.๔ ควรมีการกำหนดให้หน่วยงานของรัฐสำรวจความจำเป็นของคณะกรรมการ ที่แต่งตั้งก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญว่ายังมีเหตุผลและความจำเป็นต้องใช้ระบบการดำเนินการ โดยคณะกรรมการอยู่หรือไม่ ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงความคล่องตัวและไม่สร้างภาระแก่ประชาชนจนเกิน ความจำเป็น แล้วเสนอแผนยุบเลิกหรือยุบรวมคณะกรรมการต่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาต่อไป

ประเด็นที่ ๓ การใช้ดุลพินิจในกฎหมายปกครองของไทย

โดยที่การบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักนิติรัฐ กล่าวคือ ฝ่ายบริหารจะต้องบริหารราชการแผ่นดินตามกฎหมาย ฝ่ายบริหารจะดำเนินการเรื่องใดได้ จะต้องมีความหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในเรื่องนั้นไว้อย่างชัดเจน กฎหมายจึงเป็นกลไกสำคัญ ที่นำมาใช้ในการบริหารราชการแผ่นดินโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการบริหารราชการแผ่นดินย่อมจะต้อง เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครองโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ กฎหมายปกครองจึงถือเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญต่อการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งลักษณะสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายปกครองจะมีการกำหนดให้มีการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (Administrative Discretion) ตามกรอบที่กฎหมาย ได้ให้อำนาจไว้ อย่างไรก็ตาม การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นถือเป็นปัญหาสำคัญในทางกฎหมาย ปกครอง เนื่องจากกฎหมายไม่สามารถบัญญัติรายละเอียดให้ฝ่ายปกครองจะต้องการกระทำการ อย่างไรในทุกเหตุการณ์ที่อาจเกิดขึ้นได้ ทั้งนี้ เนื่องจากเหตุการณ์นั้นยังไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน หรือเหตุการณ์นั้นต้องการความเชี่ยวชาญทางเทคนิคอย่างสูงในการตัดสินใจ หรือเหตุการณ์นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติยังไม่สามารถกำหนดข้อยุติที่จะประสานประโยชน์ระหว่างกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ ได้ ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงจำเป็นต้องมอบอำนาจลงมาให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจตัดสินใจกระทำการ ทางใดทางหนึ่ง ซึ่งกฎหมายประเภทนี้มีเป็นจำนวนมาก และการกระทำของฝ่ายปกครองส่วนใหญ่ แล้วมักจะเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจทั้งสิ้น

๑. กระบวนการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

- การใช้อำนาจตามกฎหมายมีกระบวนการที่สำคัญ ๓ ขั้นตอน คือ (๑) การวินิจฉัย ข้อเท็จจริง (๒) การปรับบทกฎหมาย และ (๓) การตัดสินใจ ซึ่งต้องอาศัยข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ที่ได้วินิจฉัยเสร็จแล้ว ในขั้นตอนการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและขั้นตอนการปรับบทกฎหมายย่อมจะ เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจอยู่บ้าง แต่ดุลพินิจส่วนใหญ่ของฝ่ายปกครองจะอยู่ในขั้นตอนการตัดสินใจ

๑. **ดุลพินิจในขั้นตอนการวินิจฉัยข้อเท็จจริง** ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจกระทำการใด จะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเฉพาะเรื่องว่ามีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ ซึ่งการตรวจสอบนี้ฝ่ายปกครองต้องอาศัยพยานหลักฐาน แล้ววินิจฉัยว่าพยานหลักฐานเท่าที่มีอยู่เพียงพอพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ ทั้งนี้ ฝ่ายปกครองต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงไปตามพยานหลักฐานไม่ใช่ดุลพินิจที่ฝ่ายปกครองจะวินิจฉัยได้อย่างอิสระตามที่ตนเห็นสมควร

๒. **ดุลพินิจในขั้นตอนการปรับบทกฎหมาย** คือ ขั้นตอนการวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือมีอยู่นั้นตรงกับข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติในบทกฎหมายใดเป็นการนำบทบัญญัติของกฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องอันมีวิธีการดังนี้ (๑) ตีความข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติในบทกฎหมาย (๒) แยกแยะข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องออกเป็นข้อเท็จจริงสำคัญกับข้อเท็จจริงรายละเอียด และ (๓) เปรียบเทียบว่าข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องเหมือนหรือคล้ายกับข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติในบทกฎหมายหรือไม่

๓. **ดุลพินิจในขั้นตอนการตัดสินใจ** เมื่อฝ่ายปกครองวินิจฉัยข้อเท็จจริงและปรับบทกฎหมายเสร็จแล้ว ข้อพิจารณาต่อไป คือ กฎหมายกำหนดการใช้อำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองไว้อย่างไร กฎหมายอาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองกระทำการได้เพียงประการเดียว แต่โดยทั่วไปฝ่ายปกครองไม่ใช่เครื่องทำงานอัตโนมัติ ฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจบริหารกฎหมายแก่ฝ่ายปกครองโดยกำหนดให้ฝ่ายปกครองเลือกกระทำการได้หลายประการเพื่อให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องเฉพาะราว อาจอยู่ในรูปกระทำการหรืองดเว้นกระทำการก็ได้ ด้วยบทกฎหมายอาจกำหนดให้เลือกกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดในสองอย่างหรือมากกว่านั้นขึ้นไป หรือเลือกกระทำการภายในขอบเขตที่กำหนดก็ได้ฝ่ายปกครองย่อมมีดุลพินิจกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตน

๒. สภาพปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในปัจจุบัน

การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองถือเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อให้ฝ่ายปกครองนั้นสามารถดำเนินการต่าง ๆ ตามภารกิจของรัฐให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามความมุ่งหมายในเรื่องนั้น ๆ โดยฝ่ายปกครองจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจได้ในหลายส่วนทั้งในส่วนดุลพินิจในขั้นตอนการวินิจฉัยข้อเท็จจริง ดุลพินิจในขั้นตอนปรับบทกฎหมาย และดุลพินิจในขั้นตอนการตัดสินใจ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแล้วฝ่ายปกครองมักประสบปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอยู่หลายประการ ซึ่งสามารถสรุปรายละเอียดของสภาพปัญหาได้ดังนี้

(๑) **ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่เหมาะสมกับสภาพข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น** โดยสภาพข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอาจเกิดขึ้นได้ในหลายรูปแบบและมีระดับความร้ายแรงแตกต่างกัน รวมทั้งการละเลยไม่บังคับใช้กฎหมาย หรือการบังคับใช้กฎหมายโดยเลือกปฏิบัติ ไม่เป็นธรรม หรือไม่เสมอภาค ซึ่งเป็นปัจจัยแวดล้อมที่ทำให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในขั้นตอนการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันไป ทำให้เกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายที่มีมาตรฐานแตกต่างกัน

(๒) **ปัญหาการขาดหลักเกณฑ์และแนวทางการใช้ดุลพินิจอย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรม** ในปัจจุบันพบว่า ปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมักเกิดขึ้นจากความไม่เข้าใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐขาดกรอบในการใช้อำนาจตัดสินใจในการออกคำสั่งทางปกครอง และขาดหลักประกันในการใช้อำนาจว่าจะมีเกณฑ์ในการพิจารณาที่ถูกต้องว่าอย่างไร นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติพบว่า ไม่มีกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติฉบับใดกำหนดลักษณะของการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับลักษณะของการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ ดังนั้น หากมีการกำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางการใช้อำนาจดุลพินิจไว้

อย่างชัดเจนและมีประกาศให้ประชาชนทราบย่อมสามารถทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถระบุเหตุผลในการใช้อำนาจดุลพินิจได้อย่างชัดเจนขึ้นและทำให้ประชาชนผู้รับคำสั่งปกครองเกิดความเชื่อมั่นและมีความมั่นใจในการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

(๓) ปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยบทบัญญัติของกฎหมายบางฉบับได้ใช้บังคับมาเป็นระยะเวลานาน ซึ่งบทบัญญัติบางประการไม่มีความเหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบันที่เกิดขึ้น ดังนั้น เมื่อฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจในขั้นตอนปรับบทกฎหมาย ทำให้ไม่สามารถดำเนินการให้สอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริงในปัจจุบัน ส่งผลกระทบให้การใช้ดุลพินิจเกิดความไม่เป็นธรรมได้

(๔) ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เป็นปัญหาในชั้นการพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นในบางคดี กล่าวคือ ปราบปรามกรณีข้อเท็จจริงในบางคดีว่า ศาลปกครองได้เข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยไม่ได้พิจารณาในเบื้องต้นเสียก่อนว่ากรณีข้อเท็จจริงในกรณีนั้นถือเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจหรือไม่ แต่กลับข้ามขั้นตอนไปควบคุมตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยมีขอบกฎหมายหรือไม่ ดังนั้น ในเบื้องต้นควรจะได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงให้ได้ความชัดเจนว่ากรณีดังกล่าวนี้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจหรือไม่และเป็นอำนาจดุลพินิจนั้นเป็นประเภทใด

๓. ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

(๑) ควรเร่งรัดให้มีการจัดทำร่างพระราชบัญญัติเพื่อรองรับการดำเนินการตามมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญโดยเร็ว ทั้งนี้ ในส่วนเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ควรกำหนดให้มีหมวดใดหมวดหนึ่งว่าด้วยการตรวจสอบเนื้อหาของร่างกฎหมาย ซึ่งควรมีการกำหนดหลักการที่สำคัญหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจ เพื่อให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับทราบถึงสาระสำคัญของหลักการและสามารถปรับใช้ดุลพินิจได้อย่างถูกต้องและสอดคล้องกับสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้น ซึ่งถือเป็นมาตรการระยะยาวอย่างเป็นรูปธรรม

(๒) คณะรัฐมนตรีอาจมีมติให้ทุกกระทรวงดำเนินการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด ซึ่งถือเป็นมาตรการระยะสั้น โดยมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวอาจกำหนดแนวทางในการใช้อำนาจดุลพินิจโดยประกาศรายละเอียดให้ประชาชนทราบและหากเจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้ดำเนินการใช้ดุลพินิจตามแนวทางที่กำหนดไว้โดยไม่มีเหตุผลให้ถือว่าเป็นความผิดทางวินัยต่อไป นอกจากนี้ เมื่อได้มีมติคณะรัฐมนตรีออกมาแล้ว หากพบว่ายังมีการดำเนินการที่ผิดหลงหรือผิดพลาดอย่างเป็นที่ประจักษ์ นายกรัฐมนตรีอาจใช้อำนาจของมาตรา ๑๑ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ ยับยั้งการปฏิบัติราชการใด ๆ ที่ขัดต่อมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวได้

(๓) รัฐควรออกมาตรการส่งเสริมและสนับสนุนให้หน่วยงานทางวิชาการของรัฐ มหาวิทยาลัย หรือสำนักงานศาลปกครอง ได้ศึกษาและวิเคราะห์แนวคำพิพากษาที่วางหลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย และหลักการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจที่เป็นที่ยอมรับในต่างประเทศ เพื่อสรุปสาระสำคัญและเผยแพร่แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้ประชาชนได้รับทราบโดยทั่วไป ซึ่งจะเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

มากยิ่งขึ้น และเป็นการพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับหลักการตามกฎหมายปกครองให้ได้รับการพัฒนาทางวิชาการต่อไป

(๔) การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองควรจะต้องยึดแนวทางตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๔ เมษายน ๒๕๖๐ เป็นสำคัญ แม้ว่าแนวทางตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๔ เมษายน ๒๕๖๐ จะมุ่งเน้นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของร่างกฎหมายและการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ในข้อ ๔.๖ ของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวก็ได้วางหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจไว้ด้วย กล่าวคือ การใช้ดุลพินิจนั้นจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับหลักการสำคัญที่รัฐธรรมนูญรับรอง การใช้ดุลพินิจต้องสอดคล้องกับหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี การใช้ดุลพินิจต้องมีการพิจารณาอย่างรอบคอบโดยอาจปรึกษาหารือหรือรับฟังข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้ที่เกี่ยวข้อง และต้องเปิดโอกาสให้ผู้ที่เกี่ยวข้องได้รับผลกระทบให้ข้อมูลและโต้แย้งคัดค้านได้ รวมทั้งต้องแสดงเหตุผลประกอบการใช้ดุลพินิจนั้นไว้ด้วย นอกจากนี้ การใช้ดุลพินิจต้องคำนึงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุ ประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับกับประโยชน์ที่เอกชนต้องเสียไป และความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นแก่เอกชนด้วย เป็นต้น

ประเด็นที่ ๔ การกำหนดโทษอาญากับประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย

ในปัจจุบันปรากฏข้อมูลทางสถิติต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยอันเป็นที่น่าวิตก ไม่ว่าจะเป็นจำนวนผู้ต้องขังที่มากติดอันดับหกของโลกหรือจำนวนงบประมาณที่ใช้สำหรับกระบวนการยุติธรรมที่มากถึงร้อยละ ๖.๕ ของงบประมาณรายจ่ายประเทศ โดยข้อมูลเหล่านี้ล้วนแสดงให้เห็นว่า ประเทศไทยอาจกำลังประสบภาวะ “กฎหมายอาญาเฟ้อ” ซึ่งเป็นหนึ่งในปัญหาที่สำคัญที่ผู้ร่างกฎหมายรัฐธรรมนูญเล็งเห็นและจึงบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปี พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติให้รัฐ “พึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”

“กฎหมายอาญาเฟ้อ” หรือ “Overcriminalization” เกิดจากการที่รัฐกำหนดให้มีโทษอาญาเกินความจำเป็นจนส่งผลให้เกิดปัญหาต่าง ๆ เช่น ปัญหาการบริหารงานและค่าใช้จ่ายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ปัญหาต่อระบบเศรษฐกิจ หรือปัญหาการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตที่พึงทำในระบอบเสรีประชาธิปไตย อย่างไรก็ตาม การจะพิจารณาว่าความผิดใดมีความร้ายแรงถึงขนาดที่รัฐสมควรจะกำหนดให้เป็นความผิดอาญาได้หรือไม่นั้นมิใช่เรื่องง่ายแต่จำเป็นต้องนำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ มาพิจารณาประกอบ โดยที่ผ่านมาเริ่มมีการนำแนวคิดทาง “นิติเศรษฐศาสตร์” ซึ่งเป็นแนวคิดที่เน้นหลัก “ประสิทธิภาพ” มาใช้ เพื่อวัดความคุ้มค่าของการใช้กฎหมายแต่ละเรื่อง โดยตามหลักการดังกล่าว กฎหมายอาญาที่มีประสิทธิภาพย่อมหมายถึงกฎหมายอาญาที่กำหนดให้มีโทษอาญาเพียงพอเท่าที่จำเป็นเพื่อให้เกิดความยุติธรรมที่พึงปรารถนาซึ่งคือการป้องปรามการก่ออาชญากรรมมิให้เกิดขึ้นนั่นเอง ทั้งนี้ การจะพิจารณากำหนดโทษอาญาให้เหมาะสมได้นั้น ต้องเข้าใจเสียก่อนว่ากฎหมายอาญาและโทษอาญาคืออะไร รวมทั้งต้องพิจารณาว่าอาจกำหนดให้มีโทษในรูปแบบใดได้บ้างจึงจะสอดคล้องกับกรอบความเข้าใจดังกล่าว โดยกล่าวได้ว่ากฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือประเภทหนึ่งที่รัฐใช้เพื่อกำหนดนโยบายป้องปรามอาชญากรรมและรักษาความสงบของสังคม โดยอาจนิยามให้หมายถึงบทบัญญัติทั้งหลายที่ตราขึ้นตามกระบวนการที่ยึดถือเป็นแบบแผนในแต่ละสังคม เพื่อกำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิดทางอาญา และกำหนดให้ผลของการกระทำผิดนั้นคือการลงโทษ โดยการลงโทษนั้น มักถูกใช้สำหรับการกระทำซึ่งสังคมมองว่าไร้ซึ่งศีลธรรมหรือเป็นอันตรายต่อส่วนรวมหรือบุคคลอื่นถึงขนาดที่ต้องดำเนินหรือประณาม และมักมีลักษณะที่ส่งผลร้ายต่อผู้ถูกลงโทษอย่างชัดเจน กล่าวคือทำให้ผู้ถูกลงโทษต้องเสียไปซึ่งประโยชน์ที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวบุคคล อาทิ ชีวิต ความเป็นอิสระ ทรัพย์สินของร่างกายและสุขภาพ หรือ

เสรีภาพ ทั้งนี้ เพื่อให้มีผลเป็นการข่มขู่ให้คนเกรงกลัวจนไม่กล้าฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว แต่ควบคู่กันไปกับกฎหมายอาญาโดยสาระนั้น ย่อมต้องมีการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาด้วยการกำหนดให้มีกระบวนการเอาผิดที่รอบคอบ รัดกุม เพื่อมิให้มีใครต้องรับผลร้ายของโทษอาญาอย่างไม่เป็นธรรม ปัจจุบันพบว่าโทษอาญาที่ถูกมาใช้กันอย่างแพร่หลายที่สุด คือ โทษประหารชีวิต โทษจำคุก และโทษปรับ แต่โทษอาญาย่อมมีได้หลากหลายรูปแบบ ไม่จำเป็นต้องจำกัดอยู่เฉพาะโทษในลักษณะดังที่กล่าวข้างต้น โทษอาญาตามความหมายข้างต้นจึงอาจรวมถึงโทษที่มีผลทำให้เจ็บปวดในระยะสั้นซึ่งไม่เป็นการทรมาน หรือโทษที่มุ่งทำให้อับอายโดยตรง อีกทั้งยังมีแนวคิดที่จะใช้โทษอาญาเพื่อมุ่งเยี้ยวยาเยื่อและประสานสัมพันธ์โดยให้ครอบครัวหรือชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดโทษด้วย อย่างไรก็ตาม โทษในรูปแบบดังกล่าวล้วนมีข้อดีข้อเสียที่แตกต่างกันไป เช่น การใช้โทษที่ทำให้เจ็บปวดในระยะสั้นนั้น ยังไม่ปรากฏวิธีที่จะวัดระดับของโทษได้ชัดเจน อีกทั้งยังสุ่มเสี่ยงที่จะเป็นการปฏิบัติต่อผู้ต้องโทษโดยไม่เคารพในศักดิ์ศรีและความเสมอภาคของมนุษย์ ส่วนการใช้โทษอาญาที่มุ่งเยี้ยวยาเยื่อนั้น มีความมุ่งหมายที่ต่างไปจากหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญาชัดเจน ดังนั้น หากจะนำโทษรูปแบบอื่น ๆ มากำหนดเป็นโทษอาญาในระบบกฎหมายไทย ผู้ออกกฎหมายย่อมต้องพิจารณาและชั่งน้ำหนักให้รอบคอบ

ในส่วนของจำนวนหรือขนาดโทษนั้น กฎหมายไทยเปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจได้ภายในกรอบอัตราโทษที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้ศาลสามารถพิจารณากำหนดโทษให้เหมาะสมกับสภาพการณ์และปัจจัยเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดในแต่ละกรณีได้ โดยศาลไทยได้มีการใช้ระบบบัญชีระดับอัตราโทษหรือ “ยี่ต็อก” เพื่อรับประกันความมีเอกภาพในการใช้ดุลพินิจของศาล อย่างไรก็ตาม ระบบดังกล่าวมีข้อเสียหลายประการ จนอาจกล่าวได้ว่า “ยี่ต็อก” ได้กลายเป็นอุปสรรคหรือข้อจำกัดในการที่ศาลจะใช้ดุลพินิจให้ตรงตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเสียเอง ด้วยเหตุนี้ จึงอาจมีความจำเป็นที่จะต้องทบทวนการใช้ระบบ “ยี่ต็อก” รวมทั้งอาจนำวิธีการคำนวณขนาดโทษแบบอื่น ๆ เช่น การนำระบบโทษปรับตามรายได้มาใช้ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของการลงโทษด้วย

ในเรื่องของประสิทธิภาพในการบังคับใช้โทษอาญานั้น มาตรา ๕๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้ รัฐต้องดูแลให้มีการปฏิบัติตามและบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องดูแลให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายและบังคับใช้กฎหมายนั้นอย่างเคร่งครัด ตามมาตรา ๕๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่ที่ผ่านมาประเทศไทยประสบปัญหาการบังคับใช้กฎหมายในหลายประการ ได้แก่ การเน้นการลงโทษทางอาญามากเกินไป (overcriminalization) และการลงโทษทางอาญามีแนวโน้มที่จะใช้การจำคุกมากกว่าการปรับหรือโทษอื่นที่ต้นทุนต่ำกว่า ทำให้เกิดปัญหานักโทษล้นเรือนจำ การที่รัฐบัญญัติกฎหมายที่มีโทษอาญามากเกินความจำเป็น ซึ่งส่งผลกระทบต่อปัญหาในระบบกระบวนการยุติธรรมต่อเนื่องหลายประการ เช่น ปัญหาปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาลจำนวนมากเกินไป ปัญหานักโทษล้นเรือนจำ เป็นต้น

จากการศึกษาลักษณะของโทษอาญา ประสิทธิภาพในการบังคับใช้โทษอาญา และหลักเกณฑ์บางประการเกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญาในกฎหมายแล้ว สมควรที่รัฐและหน่วยงานของรัฐจะได้ดำเนินการดังต่อไปนี้

๑. รัฐควรดูแลให้หน่วยงานที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายดำเนินการบังคับใช้กฎหมายนั้นอย่างเคร่งครัด เพื่อให้เป็นไปตามมาตรา ๕๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

๒. รัฐควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายกำหนดโทษอาญาให้สอดคล้องกับ มาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กล่าวคือ จัดให้มีกฎหมายอาญาเพียงเท่าที่จำเป็น และกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรงเท่านั้น โดยอาจนำหลักการหรือแนวคิดของนักปรัชญา

ทางกฎหมายมาใช้ประกอบการพิจารณา เช่น การพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดต่าง ๆ การใช้หลักสัดส่วนในการกำหนดโทษ การพิจารณาความเหมาะสมของการกำหนดโทษอาญา

๓. หน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบดูแลกฎหมายที่มีโทษอาญาควรทบทวนกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ให้สอดคล้องกับมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทั้งนี้ อาจยกเลิกโทษอาญา (decriminalization) สำหรับฐานความผิดที่ไม่ควรกำหนดโทษอาญา เช่น ความผิดที่มีมูลเหตุมาจากหนีในทางแพ่งระหว่างเอกชนด้วยกันเอง รวมทั้งพิจารณาใช้โทษอย่างอื่นแทนโทษอาญา เช่น โทษทางปกครอง

บทที่ ๑

ระบบอนุญาต ปัญหา และทางออก

๑. บทนำ

โดยที่มาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อให้การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทยเป็นไปอย่างต่อเนื่องและเป็นระบบ หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ได้ถูกกำหนดให้เป็นกลไกทางกฎหมายที่สำคัญต่อการปฏิรูปประเทศตามมาตรา ๒๕๘ ค. ด้านกฎหมาย ซึ่งกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายดังกล่าวมีสาระสำคัญ ดังนี้ (๑) การจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น ยกเลิก หรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็น ไม่สอดคล้องกับสถานการณ์หรือเป็นภาระกับประชาชนเกินสมควร (๒) การจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องในกฎหมายนั้น (stakeholders consultation) เพื่อวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ (๓) การจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนด เพื่อพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป (๔) การนำระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายมาใช้เพียงเท่าที่จำเป็น (๕) การกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมายให้ชัดเจน (๖) การกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับโทษอาญาอย่างเหมาะสมและพอควรแก่กรณี

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่า การกำหนดระบบอนุญาตไว้ในกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติไว้ เนื่องจากที่ผ่านมาปรากฏว่ามีกฎหมายไทยจำนวนมากที่ตราขึ้นเพื่อวางหลักเกณฑ์อื่นเป็นการควบคุมการประกอบอาชีพและการดำเนินธุรกิจ ซึ่งส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพของประชาชน ก่อให้เกิดภาระ (administrative burden) มากจนเกินสมควรทั้งต่อภาคเอกชนและเจ้าหน้าที่รัฐ และยังก่อให้เกิดผลเสียต่อการพัฒนาระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศด้วย

ภาระที่เกิดขึ้นแก่ประชาชนจากการที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องมีการขออนุญาตขึ้นทะเบียน หรือจดทะเบียนนั้น สืบเนื่องมาจากการที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนดำเนินการไว้หลายขั้นตอน และไม่มีการกำหนดระยะเวลาดำเนินการแต่ละขั้นตอนไว้ชัดเจน อีกทั้งไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจไว้ด้วย ส่งผลให้ประชาชนต้องใช้เวลาและต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการมากเมื่อไปติดต่อราชการ และไม่ทราบว่าจะได้รับอนุมัติอนุญาตหรือไม่ ซึ่งทำให้ประชาชนเกิดความเบื่อหน่ายที่จะปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย และก่อให้เกิดการหลีกเลี่ยงที่จะปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งเป็นช่องทางให้เจ้าหน้าที่ของรัฐแสวงหาประโยชน์โดยไม่สุจริต ท้ายที่สุดก็ทำให้การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายไม่มีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ การที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนต่าง ๆ ในการดำเนินการตามกฎหมายจนกลายเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติราชการและก่อภาระให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐรวมทั้งก่อภาระให้แก่รัฐเองด้วย เพราะทำให้การดำเนินงานต่าง ๆ ทั้งที่เป็นการทำงานตามปกติ

และการให้บริการสาธารณะเป็นไปอย่างล่าช้าไม่ทันต่อเหตุการณ์ อีกทั้งยังทำให้ต้นทุนในการดำเนินงาน และการให้บริการสาธารณะของหน่วยงานของรัฐเพิ่มสูงขึ้นโดยไม่จำเป็นด้วย”

ด้วยสภาพปัญหาดังกล่าวข้างต้น จึงจำเป็นต้องดำเนินการศึกษาและวิเคราะห์ ระบบอนุญาตในประเทศไทย โดยการศึกษาเปรียบเทียบกับระบบอนุญาตในต่างประเทศ เพื่อหา แนวทางในการแก้ไขปัญหาและเสนอทางออกเกี่ยวกับการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย โดยมี การศึกษาทั้งในเชิงทฤษฎีและเชิงปฏิบัติ รวมทั้งได้นำผลการศึกษาดูงานในองค์กรที่มีบทบาท และเกี่ยวข้องกับการกำหนดระบบอนุญาตโดยเฉพาะด้านกฎหมาย และเอกสารวิชาการทั้งในประเทศ และต่างประเทศที่เกี่ยวข้องมาประกอบการจัดทำรายงานฉบับนี้ เพื่อให้เกิดบทสรุป และข้อเสนอแนะต่อรัฐบาลอย่างรอบด้าน โดยคาดหวังเป็นอย่างยิ่งว่า รายงานฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ ต่อการปฏิบัติงานด้านกฎหมายต่อไป

๒. แนวความคิดเกี่ยวกับระบบอนุญาตในประเทศไทย

(๑) ความเป็นมาของระบบอนุญาต

กฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐในการขับเคลื่อนนโยบาย การบริหารราชการ และการดำเนินการตามภารกิจของรัฐ แต่อีกด้านหนึ่งก็เป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เรื่องต่าง ๆ ทั้งด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือความปลอดภัยของสังคม การบริการสาธารณะ และการพัฒนาประเทศทั้งทางด้านเศรษฐกิจและสังคม โดยในกฎหมายมักจะกำหนดมาตรการควบคุม หรือกำกับดูแลการดำเนินการหรือการประกอบกิจกรรมต่าง ๆ ของบุคคล ซึ่งมาตรการหลักที่ใช้ ในการควบคุม คือ “ระบบอนุญาต” ที่กำหนดให้บุคคลกระทำการหรือประกอบกิจการใดได้ต่อเมื่อ ได้รับอนุญาตจากรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการอนุญาต การอนุมัติ หรือการขึ้นทะเบียน

เดิมการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารมักจะกำหนดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในเชิง ควบคุม กำกับ หรือจัดระเบียบเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยเฉพาะการประกอบกิจการของประชาชน กฎหมายจึงเป็นเครื่องมือหลักในการบริหารราชการ การสั่งการ หรือการบังคับการของหน่วยงานของรัฐ แต่อย่างไรก็ดีผลกระทบในทางตรงกันข้าม ก็เป็นการกระทบต่อการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคล เนื่องจากต้องผ่านการพิจารณาจากหน่วยงานของรัฐก่อนจึงจะดำเนินการได้ ซึ่งบางกรณีใช้ระยะ เวลานานและมีขั้นตอนที่ยุ่งยาก

นอกจากนี้ การใช้มาตรการควบคุมโดยการใช้ระบบอนุญาตยังเป็นการขยาย ภารกิจของรัฐออกไปอย่างกว้างขวาง ในขณะที่เดียวกับเมื่อกิจการหรือการดำเนินการที่รัฐประสงค์ จะควบคุมเพิ่มมากขึ้นเท่าใด รัฐก็ต้องมีค่าใช้จ่ายและงบประมาณจำนวนมากยิ่งขึ้นไปด้วย^๑ เช่น จำนวนบุคลากร ซึ่งต้องมีการงบประมาณในการจ่ายค่าตอบแทนจำนวนมหาศาล ค่าอุปกรณ์ เครื่องมือในการปฏิบัติงาน รวมถึงทรัพยากรอื่นที่รัฐต้องใช้ในการควบคุมโดยใช้ระบบอนุญาต อีกทั้ง การพิจารณาอนุญาตมักถูกกำหนดให้เป็นอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ระบบอนุญาตจึงเป็น

^๑ปกรณ์ นิลประพันธ์ “ปฏิรูปกฎหมายลำดับรอง: การปฏิรูปที่จับต้องได้จริง, บทความในบล็อก Law Drafter (เผยแพร่วันที่ ๕ มกราคม ๒๕๕๘) <http://lawdrafter.blogspot.com/2015/01/blog-post.html> อ้างในรายงานข้อเสนอต่อรัฐบาล การฝึกอบรมผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูงรุ่นที่ ๕ หน้า ๘.

^๒ปกรณ์ นิลประพันธ์, “โลกหมุนไป...แต่กฎหมายไทย (แทบจะ) ไม่หมุนตาม,” (ตุลาคม ๒๕๕๖) : หน้า ๓, <http://lawdrafter.blogspot.com/2013/10/blog-post.html> สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๐ พฤศจิกายน ๒๕๖๐

ช่องทางหนึ่งในการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือมีการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบหรือเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม อันจะนำไปสู่การทุจริตประพฤติมิชอบหรือปัญหาการคอร์รัปชันตามมาอีกด้วย

ปัจจุบันแนวทางในการตรากฎหมายเริ่มเปลี่ยนแปลงไป โดยภาครัฐมีความพยายามที่จะลดทอนกลไกการควบคุมในกฎหมายให้มีความอ่อนคลาย สะดวก และมีลักษณะเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนมากยิ่งขึ้น โดยยังคงกลไกในการควบคุม และคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการผ่อนคลายในการควบคุมดังกล่าว นับตั้งแต่ช่วงทศวรรษ ๑๙๙๐ เป็นต้นมา จึงมีแนวคิดที่รัฐจะทำกฎหมายให้มีคุณภาพ และเป็นกฎหมายที่ดี โดยเริ่มจากการลด ละ เลิก ระบบอนุญาต และใช้เพียงเท่าที่จำเป็น ซึ่งจะใช้กับเรื่องที่มีเหตุผลความจำเป็นเพื่อที่จะป้องกันและคุ้มครองสาธารณะ และไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้

สำหรับประเทศไทย ภาครัฐเริ่มตระหนักถึงปัญหาของการใช้ระบบอนุญาตเกินความจำเป็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการประกอบธุรกิจของภาคเอกชน ซึ่งมีผลต่อการเป็นอุปสรรคในการพัฒนาของประเทศโดยรวม ด้วยเหตุนี้จึงมีความพยายามในการที่จะลด ละ เลิก ระบบอนุญาตในกฎหมาย เริ่มขึ้นตั้งแต่ช่วงปี ๒๕๕๓ โดยคณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ ๒๖ มกราคม ๒๕๕๓^๓ ให้ทุกส่วนราชการสำรวจ ตรวจสอบ และรวบรวมกฎหมายในความรับผิดชอบของตนที่เกี่ยวข้องกับการอนุมัติหรืออนุญาต แล้วทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงความจำเป็นหรือความเหมาะสมของบทบัญญัติดังกล่าวว่าสมควรปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมอย่างไร หรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ของส่วนราชการและเป็นการ

^๓มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๖ มกราคม ๒๕๕๓ เห็นชอบแนวทางการพัฒนากฎหมายของส่วนราชการ ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๓ โดยมีรายละเอียดขั้นตอนการดำเนินการแบ่งได้ ๕ ขั้นตอน ดังนี้

ขั้นตอนที่ ๑

(๑) ให้สำรวจ ตรวจสอบและรวบรวมรายชื่อกฎหมายที่ส่วนราชการรักษาการหรืออยู่ในความรับผิดชอบ

(๒) ให้สำรวจ ตรวจสอบและรวบรวมบทบัญญัติของกฎหมายตาม (๑) ที่เกี่ยวกับการอนุมัติหรืออนุญาตทั้งที่มีใบอนุญาตและไม่มีใบอนุญาต โดยแยกประเภทของกฎหมายตามลำดับชั้น พร้อมระบุหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติ

ขั้นตอนที่ ๒ ให้ศึกษา วิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายตาม (๒) ว่ามีความถูกต้อง ความจำเป็นหรือความเหมาะสม เช่น ขัดหรือแย้งกับกฎหมายอื่นทั้งในระดับที่สูงกว่าหรือในระดับเดียวกัน ขัดแย้งกับกฎหมายอื่นล้าสมัย หรือสร้างภาระให้กับผู้ขอรับอนุมัติหรือผู้ขอรับอนุญาตเกินความจำเป็นหรือไม่ประการใด เมื่อเทียบกับประโยชน์ของประชาชนเป็นหลักและประโยชน์ของส่วนราชการ หากเห็นว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวไม่ถูกต้องไม่มีความจำเป็น หรือไม่มีความเหมาะสม ตามหลักเกณฑ์ข้างต้นแล้วให้เสนอยกเลิก หรือปรับปรุงแก้ไข แล้วแต่กรณี

ขั้นตอนที่ ๓ นำผลการดำเนินการตามขั้นตอนที่ ๑ และ ๒ เผยแพร่ใน Website ของส่วนราชการ และจัดทำกรับฟังความคิดเห็นของผู้ได้บังคับของกฎหมาย หรือผู้มีส่วนได้เสียในกฎหมาย (Focus Group)

ขั้นตอนที่ ๔ จัดทำแผนพัฒนากฎหมายของส่วนราชการ และเสนอแผนพัฒนากฎหมาย โดยระบุกฎหมายและบทบัญญัติที่จะยกเลิกหรือปรับปรุงแก้ไข พร้อมทั้งจัดลำดับความสำคัญและความเร่งด่วน ในการยกเลิกหรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย กับแจ้งรายชื่อกฎหมายที่จะดำเนินการร่างเพื่อยกเลิกหรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมายดังกล่าว โดยระบุหลักการและเหตุผล สรุปสาระสำคัญเสนอคณะกรรมการพัฒนากฎหมายระดับกระทรวงพิจารณาให้ความเห็นชอบ

ขั้นตอนที่ ๕ นำแผนพัฒนากฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการพัฒนากฎหมายระดับกระทรวง หรือคณะกรรมการพัฒนากฎหมายของกรม เสนอรัฐมนตรีเจ้าสังกัดหรือรัฐมนตรีที่กำกับดูแลแล้วแต่กรณี อนุมัติ แล้วส่งมาที่สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีภายในวันที่ ๓๐ มิถุนายน ๒๕๕๓

ลดภาระที่เกินความจำเป็นแก่ประชาชน อย่างไรก็ตาม ผลการดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวยังไม่บรรลุผลสำเร็จอย่างเด่นชัดนัก เนื่องจากการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีนั้นจำเป็นต้องมีการเสนอร่างกฎหมายเข้าสู่กระบวนการนิติบัญญัติซึ่งมีขั้นตอนและระยะเวลาในการดำเนินการค่อนข้างมาก^๕

ในปี พ.ศ. ๒๕๕๕ คณะรัฐมนตรีได้มีมติอีกครั้งหนึ่งมอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาศึกษาและปรับปรุงกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการดำเนินการปรับปรุงการบริการของหน่วยงานต่าง ๆ ตามรายงานผลการจัดลำดับความยากง่ายในการประกอบธุรกิจ (Doing Business) ของธนาคารโลก พร้อมทั้งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเร่งรัดพิจารณาปรับปรุงกฎหมาย กฎ และระเบียบ เพื่อเป็นการลดขั้นตอนและลดการขออนุญาตที่ไม่จำเป็นเพื่อให้เหมาะสมกับภาคธุรกิจ เช่น การกำหนดระยะเวลา การดำเนินการของพนักงานเจ้าหน้าที่ไว้ในกฎหมาย การกำหนดให้มีการพิจารณาร่วมกันระหว่างพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้แล้วเสร็จในคราวเดียวกันโดยมีมาตรฐานการพิจารณาเป็นอย่างเดียวกัน และลดการอนุญาตตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงได้เสนอเรื่องนี้ให้คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นผู้พิจารณา ซึ่งคณะกรรมการพัฒนากฎหมายเห็นควรจัดทำร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์กลางในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ รวมทั้งเกณฑ์ในการทบทวนกฎหมายเพื่อลด ละ เลิกการใช้ระบบอนุญาต เสนอคณะรัฐมนตรี เพื่อให้มีกฎหมายดังกล่าวขึ้นใช้บังคับต่อไป โดยมีต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย กฎ และระเบียบ ที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการอนุมัติหรืออนุญาตเป็นรายฉบับ ซึ่งมีขั้นตอนและต้องใช้ระยะเวลาในกระบวนการนิติบัญญัติที่ยุ้งยากเป็นอย่างมาก

ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ได้เน้นย้ำถึงบทบาทของรัฐที่พยายามจำกัดการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย โดยกำหนดแนวทางในการตรากฎหมายไว้ในบทบัญญัติมาตรา ๗๗ ให้รัฐใช้ระบบอนุญาตเท่าที่จำเป็น นอกจากนี้ ในกรณีกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ก่อนแล้ว บทบัญญัติมาตรา ๒๕๘ ค. (๑) ยังได้กำหนดให้รัฐจัดให้มีกลไกในการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับหลักการของมาตรา ๗๗ ซึ่งรวมถึงการกำหนดเนื้อหาของร่างกฎหมายที่ควรใช้ระบบอนุญาตเท่าที่จำเป็น อีกทั้งยังเป็นการสอดคล้องกับแนวทางทบทวนความเหมาะสมของกฎหมายตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาทบทวนความเหมาะสมของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๕๘ ที่กำหนดให้มีการทบทวนการใช้ระบบอนุมัติ อนุญาต ระบบการจดทะเบียน หรือระบบอื่นที่กำหนดขึ้นเพื่อกำกับหรือควบคุม เพียงเท่าที่จำเป็น

ล่าสุดในปี ๒๕๖๐ รัฐบาลโดยคณะกรรมการบริหารราชการแผ่นดินตามกรอบการปฏิรูปประเทศ ยุทธศาสตร์ชาติ และการสร้างความปรองดองสามัคคี (ป.ย.ป.)^๖ กำหนดกรอบแนวทางในการปฏิรูปกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพหรือการดำเนินธุรกิจของประชาชน โดยได้มอบหมายให้คณะกรรมการสานพลังประชารัฐ (E4) รับผิดชอบการดำเนินการ

^๕ พงษ์สวาท กายอรุณสุทธิ์, “การอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ,” (๒๕๕๘): หน้า ๒, <http://web.krisdika.go.th/pdf/Page.jsp?type=act&actCode=270> สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๐ พฤศจิกายน ๒๕๖๐

^๖ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ ๓/๒๕๖๐ เรื่อง การขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ ยุทธศาสตร์ชาติ และการสร้างความสามัคคีปรองดอง

ในพิจารณาปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพและการดำเนินธุรกิจของประชาชน ซึ่งที่ผ่านมาคณะกรรมการสานพลังประชารัฐ ได้แต่งตั้งคณะกรรมการด้านการปรับแก้กฎหมายและกลไกภาครัฐ โดยมีเป้าหมายที่จะเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันทางการค้าและการลงทุนในประเทศไทย ยกกระดับ Ease of Doing Business ของไทยสู่ Top ๒๐ และแก้ไขกลไกการทำงานของภาครัฐ นอกจากนี้ นายกรัฐมนตรีมีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษาเพื่อกำกับการปฏิรูปกฎหมาย^๖ เพื่อพิจารณาปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมายหรือกฎ ข้อบังคับ ที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสถานการณ์หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิต หรือการประกอบอาชีพเพื่อไม่ให้เป็นการก่ก่ประชาชน (ต่อมาได้มีการปรับปรุงอำนาจหน้าที่และแต่งตั้งเป็นคณะกรรมการดำเนินการปฏิรูปกฎหมายในระยะเร่งด่วน^๗) คณะกรรมการฯ จึงได้แต่งตั้งคณะอนุกรรมการชุดต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคณะอนุกรรมการปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพหรือการดำเนินธุรกิจของประชาชน^๘ และคณะอนุกรรมการปรับปรุงกฎหมายที่สร้างภาระโดยไม่จำเป็นต่อประชาชน โดยมีเป้าหมายเพื่อยกอันดับความยากง่ายในการประกอบธุรกิจของประเทศไทยให้อยู่ในอันดับที่ ๒๓ ในการจัดอันดับปี ๒๐๑๙ ซึ่งในการดำเนินการดังกล่าว คณะอนุกรรมการฯ เห็นว่ามีเรื่องที่ต้องดำเนินการปฏิรูปที่สำคัญ เช่น ลดค่าใช้จ่าย ลดเวลา และเพิ่มคุณภาพการบริการของราชการ^๙

(๒) วัตถุประสงค์ของระบบอนุญาต

จากการตรวจสอบกฎหมายที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับระบบอนุญาต สามารถแบ่งวัตถุประสงค์ของระบบอนุญาตในกฎหมายได้เป็น ๓ ประเภท ดังนี้

๑) ระบบอนุญาตเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยและป้องกันอันตรายต่อสาธารณะ

โดยที่การดำเนินการตามกฎหมายหลายฉบับมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ และกระทบต่อชีวิต ร่างกาย ปลอดภัย และทรัพย์สินของประชาชนเป็นจำนวนมาก จึงมีความจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้ามากำหนดมาตรการควบคุมการดำเนินการในเรื่องต่าง ๆ ของประชาชนขึ้นไว้ในกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยและป้องกันอันตรายต่อสาธารณะ ซึ่งระบบอนุญาตเป็นมาตรการหนึ่งที่ถูกนำมาใช้เพื่อให้รัฐสามารถบังคับการตามกฎหมายให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ดังกล่าว

กฎหมายที่กำหนดให้ใช้ระบบอนุญาตโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการคุ้มครองความปลอดภัยและป้องกันอันตรายต่อสาธารณะ ได้แก่ (๑) กลุ่มกฎหมายด้านความมั่นคง

^๖ คำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ ๑๒๓/๒๕๖๐ เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษาเพื่อกำกับการปฏิรูปกฎหมาย ลงวันที่ ๑๑ พฤษภาคม

^๗ คำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ ๒๓๘/๒๕๖๐ เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการดำเนินการปฏิรูปกฎหมายในระยะเร่งด่วน ลงวันที่ ๒๐ กันยายน ๒๕๖๐

^๘ แนวทางการทำงานของคณะอนุกรรมการปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพหรือการดำเนินธุรกิจของประชาชน ในช่วงระยะเวลา ๑ ปีข้างหน้า กำหนดไว้ดังนี้

- ระยะ ๔ เดือนแรก ดำเนินการปรับปรุงกฎระเบียบเกี่ยวกับ Doing Business
- ระยะ ๘ เดือนถัดมา ดำเนินการปรับปรุงกฎหมาย และกฎระเบียบเกี่ยวกับ Licensing

และคู่มือต่าง ๆ

^๙ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “สรุปผลการสัมมนา โครงการพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง การใช้ระบบอนุญาตในการตรากฎหมาย,” (กันยายน ๒๕๖๐) : ๑- ๒, <http://web.krisdikago.th/data/outsidedata/article77/file/3-01.pdf> สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๐ พฤศจิกายน ๒๕๖๐

เช่น กฎหมายว่าด้วยโรงงานผลิตอาวุธของเอกชน กฎหมายว่าด้วยควบคุมยุทธภัณฑ์ กฎหมายว่าด้วยแรงงานทางทะเล กฎหมายว่าด้วยการพนัน กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง กฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ (๒) กลุ่มกฎหมายด้านความปลอดภัยและสวัสดิภาพของประชาชน เช่น กฎหมายว่าด้วยอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร กฎหมายว่าด้วยการควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง กฎหมายว่าด้วยวัตถุอันตราย เป็นต้น

เมื่อพิจารณาระบบอนุญาตที่กำหนดไว้ในกฎหมายข้างต้น จะเห็นว่ามาตรการที่นำมาใช้ในกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการคุ้มครองความปลอดภัยและป้องกันอันตรายต่อสาธารณะส่วนใหญ่จะเป็นการอนุญาต และการอนุมัติ ซึ่งเป็นระบบที่เข้มงวดที่สุด เพื่อให้รัฐสามารถตรวจสอบและติดตามการดำเนินการตามกฎหมายของประชาชนได้ตลอดตั้งแต่เริ่มต้นจนกระทั่งสิ้นสุดกระบวนการ

๒) การอนุญาตเพื่อควบคุมการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

โดยที่มาตรา ๔๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้บุคคลมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ในการนี้ รัฐจึงได้มีการออกกฎหมายที่มีบทบัญญัติเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ซึ่งการกำหนดระบบอนุญาตในกฎหมายเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพอย่างหนึ่งที่รัฐใช้เพื่อเป็นการจัดระเบียบในการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็นตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้

กฎหมายที่กำหนดระบบอนุญาตไว้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการควบคุมการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพดังกล่าว ได้แก่ (๑) กลุ่มกฎหมายด้านการส่งเสริม เช่น กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการพัฒนาฝีมือแรงงาน กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงาน กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการพาณิชย์ กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย (๒) กลุ่มกฎหมายด้านการประกอบอาชีพและกิจการ เช่น กฎหมายว่าด้วยโรงงาน กฎหมายว่าด้วยโรงรับจำนำ กฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนเครื่องจักร กฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย กฎหมายว่าด้วยโรงแรม กฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการพลังงาน กฎหมายว่าด้วยการค้าน้ำมันเชื้อเพลิง กฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ กฎหมายว่าด้วยหอพัก กฎหมายว่าด้วยสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ กฎหมายว่าด้วยการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ (๓) กลุ่มกฎหมายด้านวิชาชีพ เช่น กฎหมายว่าด้วยวิศวกร กฎหมายว่าด้วยสถาปนิก กฎหมายว่าด้วยวิชาชีพบัญชี กฎหมายว่าด้วยสภาครูและบุคลากรทางการศึกษา (๔) กลุ่มกฎหมายว่าด้วยการกำหนดมาตรฐาน เช่น กฎหมายว่าด้วยมาตรฐานสินค้าขาออก กฎหมายว่าด้วยมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม กฎหมายว่าด้วยการมาตรฐานแห่งชาติ กฎหมายว่าด้วยมาตรฐานสินค้าเกษตร เป็นต้น

เมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบหรือประกอบอาชีพที่กำหนดเรื่องการอนุญาตดังกล่าวข้างต้น ปรากฏว่า ระบบที่ใช้ในการควบคุมกำกับดูแลในการประกอบอาชีพสามารถแบ่งออกได้เป็น ๕ ระบบ ดังนี้^{๑๐}

๑. ระบบใบอนุญาต การอนุญาต และการอนุมัติ เป็นระบบที่เข้มงวดที่สุด ก่อภาระให้แก่เอกชน เนื่องจากต้องมีการออกใบอนุญาต ต่ออายุใบอนุญาต ส่วนการอนุญาตและการอนุมัติเป็นการขอดำเนินการในแต่ละครั้ง

๒. ระบบการจดทะเบียน เป็นระบบการอนุญาตโดยสรุปลงมาจากระบบอนุญาต กล่าวคือ เมื่อได้รับการจดทะเบียนแล้วไม่ต้องต่ออายุ สามารถประกอบกิจการได้จนกว่าจะถูกเพิกถอนทะเบียน

๓. ระบบการขึ้นทะเบียน เป็นระบบที่มีลักษณะเดียวกับการจดทะเบียนแต่จะใช้กับการควบคุมการประกอบวิชาชีพหรือการผลิตสินค้า

๔. ระบบจดทะเบียน เป็นระบบการควบคุมการประกอบอาชีพที่ผ่อนปรนที่สุด เป็นเพียงการแจ้งให้หน่วยงานของรัฐทราบว่าผู้ใดประกอบธุรกิจใด ที่ไหน อย่างไร และวัตถุประสงค์หลัก เพื่อส่งเสริมการประกอบกิจการนั้น ๆ และเพื่อให้รัฐมีข้อมูลที่ได้จะนำไปใช้ในการตรวจสอบการปฏิบัติตามกฎหมาย

๕. ระบบผสม เป็นระบบที่ค่อนข้างเข้มงวด โดยส่วนใหญ่ใช้บังคับกับกฎหมาย เกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพหรือสินค้าที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของประชาชน

ดังนั้น การที่กฎหมายฉบับใดจะกำหนดระบบการควบคุมกำกับดูแลในการประกอบอาชีพในรูปแบบใดย่อมขึ้นอยู่กับระดับความเข้มข้นที่รัฐประสงค์จะควบคุมกิจการหรืออาชีพดังกล่าว ในกฎหมายฉบับหนึ่งอาจกำหนดระบบการควบคุมกำกับดูแลในการประกอบอาชีพไว้เพียงรูปแบบเดียวหรือหลายรูปแบบก็ได้ เช่น การควบคุมการประกอบกิจการโรงงานตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานซึ่งกำหนดให้มีโรงงาน ๓ จำพวก คือ (๑) โรงงานจำพวกที่ ๑ ได้แก่ โรงงานประเภท ชนิด และขนาดที่สามารถประกอบกิจการโรงงานได้ทันทีตามความประสงค์ของผู้ประกอบกิจการโรงงาน (๒) โรงงานจำพวกที่ ๒ ได้แก่ โรงงานประเภท ชนิด และขนาดที่เมื่อจะประกอบกิจการโรงงานต้องแจ้งให้ผู้อนุญาตทราบก่อน และ (๓) โรงงานจำพวกที่ ๓ ได้แก่ โรงงานประเภท ชนิด และขนาดที่การตั้งโรงงานจะต้องได้รับใบอนุญาตก่อนจึงจะดำเนินการได้

๓) การอนุญาตเพื่อเก็บค่าธรรมเนียม

กฎหมายหลายฉบับกำหนดให้มีระบบอนุญาตโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการเก็บค่าธรรมเนียมหารายได้เข้ารัฐ ในลักษณะทำนองเดียวกับการเก็บภาษี หรือเพื่อใช้เป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาเพื่อออกใบอนุญาตหรือการดำเนินการอื่น ภายหลังจากที่ได้ออกใบอนุญาตให้แก่บุคคล ตัวอย่างใบอนุญาตที่มีวัตถุประสงค์ดังกล่าว เช่น ใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยสถานบริการ หรือใบอนุญาตสุรา ยาสูบ ไฟ ตามกฎหมายว่าด้วยภาษีสรรพสามิต^{๑๑}

^{๑๐} อ่างแล้ว เจริญรัตน์ ๙, หน้า ๗ - ๘

^{๑๑} กิตติ ตั้งจิตรมณีกิตตา, การบรรยาย หัวข้อ ระบบอนุญาต ปัญหา และทางออก ในหลักสูตรผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง รุ่นที่ ๖ จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ ๒๑ กรกฎาคม ๒๕๖๐

๓. แนวความคิดเกี่ยวกับระบบอนุญาตของต่างประเทศ

ในระบบกฎหมายต่างประเทศ ระบบอนุญาตเป็นมาตรการควบคุมของรัฐอย่างหนึ่ง ในการควบคุมการประกอบธุรกิจ โดยแบ่งเป็น มาตรการควบคุมก่อนหน้า (*ex ante control*) ได้แก่ การอนุญาต การรับรอง การขึ้นทะเบียน และมาตรการควบคุมภายหลัง (*ex post control*) ได้แก่ การแจ้งก่อนดำเนินการ และการกำหนดกฎเกณฑ์ให้ปฏิบัติ

ความหลากหลายของกลไกการอนุญาต สามารถแบ่งออกได้เป็น ๒ ระบบ ดังนี้

๑. ระบบปกติ คือ การออกคำสั่งโดยชัดแจ้ง โดยให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริง หรือข้อกฎหมาย และใช้ดุลพินิจ (ถ้ามี) ก่อนมีคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาต

๒. ระบบพิเศษ คือ อาจเกิดจากคำสั่งโดยปริยาย เช่น ถ้าครบกำหนดเวลาแล้ว เจ้าหน้าที่ยังไม่สั่งการใด ๆ ถือว่าปฏิเสธ ซึ่งจะเป็นการปิดการพิจารณาเพื่อไปศาลเร็วขึ้น หรือ ถือว่าอนุญาต (*Silence is consent*)^{๑๖}

(๑) ระบบอนุญาตของประเทศเกาหลี

(ก) แนวความคิดเกี่ยวกับมาตรการควบคุม^{๑๗}

มาตรา ๓๗ วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีบัญญัติว่า เสรีภาพและสิทธิของพลเมืองจะไม่ถูกละเลยโดยอ้างว่าเสรีภาพและสิทธิดังกล่าวไม่ได้ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ และในวรรคสองบัญญัติให้เสรีภาพและสิทธิของพลเมืองอาจถูกจำกัดได้โดยพระราชบัญญัติเท่านั้น โดยการจำกัดเสรีภาพและสิทธิดังกล่าวต้องเป็นไปเพื่อความปลอดภัยของประเทศ เพื่อรักษา กฎหมายและความเรียบร้อย หรือเพื่อสวัสดิภาพทางสังคม และการบังคับใช้ข้อจำกัดดังกล่าวจะต้อง ไม่กระทบต่อสาระสำคัญของเสรีภาพหรือสิทธิ

นอกจากนั้น มาตรา ๑๑๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีได้บัญญัติ ให้การออกกฎระเบียบด้านเศรษฐกิจของสาธารณรัฐเกาหลีจะต้องอยู่บนพื้นฐานของการเคารพต่อ เสรีภาพและการริเริ่มสร้างสรรค์ทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการและปัจเจกชน โดยรัฐจะควบคุมด้าน เศรษฐกิจได้เฉพาะวัตถุประสงค์ในการรักษาสมดุลของการเติบโตและความมั่นคงทางเศรษฐกิจของ ชาติ ในการประกันการกระจายรายได้ที่เหมาะสม ในการป้องกันการครอบงำตลาดและการใช้ อำนาจทางเศรษฐกิจโดยมิชอบ และในการสร้างประชาธิปไตยทางเศรษฐกิจผ่านความสามัคคีกัน ระหว่างตัวแทนทางเศรษฐกิจ

เพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว ประเทศเกาหลี มีการออก Framework Act on Administrative Regulations ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำคัญประการหนึ่ง คือ กำหนดหลักการพื้นฐานในการออกกฎระเบียบต่าง ๆ ที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิหรือกำหนด หน้าที่ใด ๆ แก่ประชาชน ซึ่งรวมถึงการออกกฎระเบียบทางบริหารในการรับคำขอของประชาชนด้วย ซึ่งหากประชาชนดำเนินการครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดจะได้รับใบอนุญาต ได้รับการอนุมัติ หรือได้รับการรับรอง

^{๑๖} อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๙, หน้า ๓ - ๔

^{๑๗} สรุปผลการศึกษาดูงานเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้ ตามหลักสูตร ผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง รุ่นที่ ๖ จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ระหว่างวันที่ ๔-๘ กันยายน ๒๕๖๐

(ข) ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นที่มีผลคล้ายคลึงกัน

ระบบอนุญาตในประเทศเกาหลีมีรูปแบบที่หลากหลาย ซึ่งมาตรการหลัก ได้แก่ การจดทะเบียน (registration) การออกใบอนุญาต (permission) และการอนุญาต (authorization)

๑) การจดทะเบียน (registration)^{๓๔}

การจดทะเบียนในกระบวนการบริหารราชการแผ่นดินของประเทศเกาหลีมีหลายประเภทด้วยกัน เช่น การแจ้งเกิด การจดทะเบียนสมรส การแจ้งย้ายสำมะโนครัว เป็นต้น ซึ่งกระบวนการเกี่ยวกับการจดทะเบียนนั้นคิดเป็นร้อยละ ๒๖ ของกระบวนการทางปกครอง ซึ่งถือว่าอยู่ในสัดส่วนที่มากพอสมควร เมื่อเทียบกับรูปแบบของการขออนุญาตซึ่งคิดเป็นร้อยละ ๑๐ เท่านั้น

ประเทศเกาหลีมีแนวคิดที่จะพัฒนาระบบการจดทะเบียนโดยแยกประเภทของการจดทะเบียนเป็น ๒ จำพวกใหญ่ ๆ ด้วยกัน ได้แก่ (๑) การจดทะเบียนที่ต้องมีการตอบรับจากทางราชการ และ (๒) การจดทะเบียนที่ไม่ต้องมีการตอบรับจากทางราชการ

ก) การจดทะเบียนที่ต้องมีการตอบรับจากทางราชการ

การจดทะเบียนที่ต้องมีการตอบรับจากทางราชการ เป็นการจดทะเบียนที่จะถือว่ามีผลใช้บังคับเมื่อได้รับการตรวจสอบจากเจ้าหน้าที่ของรัฐเรียบร้อยแล้ว โดยเจ้าหน้าที่จะต้องมีการตรวจสอบเอกสารที่จำเป็นทั้งหมดในการจดทะเบียน เช่น แบบคำขอลงทะเบียนและเอกสารแนบ รวมถึงเอกสารประกอบอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับผู้อยู่จดทะเบียน และต้องได้รับการเห็นชอบจากหน่วยงานของรัฐด้วย โดยเพื่อให้การจดทะเบียนประเภทนี้มีประสิทธิภาพและไม่ล่าช้า รัฐบาลจะมีการกำหนดระยะเวลาหรือกำหนดเวลาของการพิจารณาเกี่ยวกับการจดทะเบียนประเภทนี้ไว้อย่างชัดเจน เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนและเป็นการเร่งรัดระยะเวลาในการพิจารณาของทางราชการไว้ด้วย โดยกำหนดว่าหากส่วนราชการไม่พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดจะถือว่าการจดทะเบียนนั้นได้รับการเห็นชอบเรียบร้อยแล้ว ตัวอย่างเช่น การจดทะเบียนเพื่อขออนุญาตก่อสร้าง จะถือว่าได้รับอนุญาตแล้วหากส่วนราชการที่รับผิดชอบไม่พิจารณาให้แล้วเสร็จและแจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบภายใน ๓ วัน ซึ่งเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพ ความรวดเร็ว และความโปร่งใสในกระบวนการจดทะเบียนดังกล่าวด้วย

ข) การจดทะเบียนที่ไม่ต้องมีการตอบรับจากทางราชการ

การจดทะเบียนแบบที่ไม่ต้องมีการตอบรับจากทางราชการจะมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่เอกสารการจดทะเบียนไปถึงหน่วยงานที่จดทะเบียน ตัวอย่างเช่น การยื่นคำขอลงทะเบียนเกี่ยวกับการผลิตภาพยนตร์ การนำเข้าภาพยนตร์ การจำหน่าย และการฉายภาพยนตร์ จะอยู่ในประเภทของการยื่นคำขอลงทะเบียนที่ไม่ต้องได้รับการตอบรับจากทางราชการ

ประเทศเกาหลีคิดว่าการปรับปรุงระบบจดทะเบียนจะทำให้เกิดประโยชน์ในด้านต่าง ๆ ได้แก่ การปรับเปลี่ยนรูปแบบของการจัดการบริหารราชการแผ่นดินให้มีประชาชนเป็นศูนย์กลางมากขึ้น โดยจะเป็นการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจอย่างไม่เหมาะสม

^{๓๔} รายงานผลการประชุมโครงการประชุมด้านการร่างกฎหมายกับ Ministry of Government Legislation (MOLEG) และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ภายใต้บันทึกความเข้าใจด้วยความร่วมมือระหว่างสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกากับ MOLEG ระหว่างวันที่ ๑๕ - ๒๐ พฤษภาคม ๒๕๖๐ ณ สาธารณรัฐเกาหลี

ของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ และการบริหารราชการแผ่นดินที่ล่าช้า นอกจากนี้ ยังเป็นการเพิ่มความชัดเจนและแน่นอนของการบริหารราชการแผ่นดินให้มากยิ่งขึ้น

๒) การออกใบอนุญาต (permission) และการอนุญาต (authorization)

การออกใบอนุญาต (permission) และการอนุญาต (authorization) ในกระบวนการบริหารราชการแผ่นดินของประเทศเกาหลีนั้นเป็นมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของประเทศ เพื่อรักษากฎหมายและความเรียบร้อย เพื่อสวัสดิภาพทางสังคม หรือเพื่อรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจ ซึ่งมีอยู่หลายประเภทด้วยกัน เช่น การอนุญาตจ้างงานแรงงานต่างชาติ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองโอกาสในการทำงานของคนเกาหลีและแก้ปัญหาขาดแคลนแรงงานในสถานประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) รวมทั้งป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชนของแรงงานต่างชาติ ใบอนุญาตครอบครองอาวุธปืน ดาบ วัตถุระเบิด เครื่องพ่นแก๊ส เครื่องช็อตไฟฟ้า หรือหน้าไม้ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความปลอดภัยสาธารณะ

อย่างไรก็ดี การออกใบอนุญาตและการอนุญาตในประเทศเกาหลีคิดเป็นสัดส่วนจำนวนไม่มากนัก เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรการควบคุมรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งเมื่อพิจารณาสถิติในการออกใบอนุญาตของประเทศเกาหลีแล้ว เห็นได้ว่า ส่วนใหญ่จะเป็นการดำเนินการออกใบอนุญาตในราชการส่วนท้องถิ่นมากกว่าราชการส่วนกลาง ดังนี้^{๑๔}

จำนวนใบอนุญาตในราชการส่วนกลาง แยกเป็นรายการกระทรวงได้ดังนี้

กระทรวง	จำนวนใบอนุญาต
กระทรวงที่ดิน โครงสร้างพื้นฐานและการขนส่ง	๗๒
กระทรวงการค้าอุตสาหกรรมและพลังงาน	๓๘
คณะกรรมการบริหารทางการเงิน	๓๒
กระทรวงมหาดมุทรและการประมง	๓๓
กระทรวงสิ่งแวดล้อม	๒๘
สำนักงานนโยบายแห่งชาติ	๑๙
กระทรวงกลุยุทธ์และการเงิน	๑๘
กระทรวงวัฒนธรรม กีฬา และการท่องเที่ยว	๑๘
กระทรวงความปลอดภัยเกี่ยวกับอาหารและยา	๑๘

จำนวนใบอนุญาตในราชการส่วนท้องถิ่น

ส่วนท้องถิ่นในเกาหลีมีจำนวน ๒๔๓ แห่ง มีใบอนุญาตทั้งหมด ๓๘,๗๖๖ ฉบับ คิดค่าเฉลี่ยใบอนุญาตต่อท้องถิ่น ๑ แห่ง คือ ประมาณ ๑๖๐ ฉบับ

^{๑๔} อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๓, หน้า ๗ - ๘

(๒) ระบบอนุญาตของประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์ไม่มีกฎหมายกลาง (omnibus law) ที่กำหนดเกี่ยวกับระบบอนุญาตไว้ในลักษณะเดียวกับพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. ๒๕๕๘ อย่างไรก็ตาม โดยที่การออกใบอนุญาต (permission) หรือการใช้มาตรการอื่นทำนองเดียวกันเป็นการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะตัดสินใจได้เอง (Initiatives) โดยไม่มีกฎหมายกำหนดบังคับไว้ ประเทศสิงคโปร์จึงได้มีความพยายามที่จะจำกัดดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐระดับสูง ซึ่งโดยตำแหน่งและความรับผิดชอบจะต้องตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ หลายเรื่องประกอบกัน (polycentric consideration) บนฐานของดุลพินิจ (judgment calls) โดยการจัดให้มีคู่มือแนวทางปฏิบัติของภาครัฐ (Government Instruction Manuals) ซึ่งกำหนดแนวทางปฏิบัติทั่วไปและการกระทำที่พึงประสงค์ของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาอนุญาต

ประเทศสิงคโปร์พยายามลดข้อบังคับที่เข้มงวด (red tape) และใช้เทคโนโลยีเข้ามาเพื่อหลีกเลี่ยงสถานการณ์ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะสามารถเรียกร้องสินบนหรือเงินค่าอำนวยความสะดวกในการดำเนินการ (facilitation payment) โดยประเทศสิงคโปร์เชื่อว่า การมีระบบที่ดีเป็นสิ่งสำคัญเช่นเดียวกับการจำเป็นต้องมีคนดีเข้ามาบริหารระบบ ซึ่งแม้ว่าจะไม่ได้ผลทั้งหมด แต่การมีระบบที่ดีย่อมลดความน่าจะเป็นในการกระทำความผิดได้

ปัจจุบันประเทศสิงคโปร์ได้จัดให้มีเว็บไซต์ในลักษณะเว็บพอร์ทัล (Web portal) เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับการอนุญาตต่างๆ ของหน่วยงานภาครัฐ รวมทั้งการเชื่อมต่อไปยังเว็บไซต์ของหน่วยงานภาครัฐอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งเว็บไซต์นี้มีชื่อว่า LicenceOne

LicenceOne^{๓๖} เป็นเว็บไซต์เกี่ยวกับการอนุญาตในการประกอบธุรกิจซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้นำไปสู่การออกใบอนุญาตที่ง่ายและมีประสิทธิภาพ เป้าหมายหลัก คือ วิชาชีพนานกลางและเล็กซึ่งมีจำนวนมากที่ไม่พอใจระบบอนุญาตแบบเดิมที่มีกระบวนการพิจารณาที่ยุ่งยากและมีต้นทุนสูง ซึ่งการดำเนินการเกี่ยวกับการอนุญาตผ่านทางเว็บไซต์นี้จะช่วยลดความยุ่งยากในการยื่นคำขอและการชำระค่าธรรมเนียมใบอนุญาตต่าง ๆ และเปิดโอกาสให้ธุรกิจต่าง ๆ สามารถยื่นขอใบอนุญาตหลายฉบับจากหน่วยงานเดียวกันหรือหน่วยงานอื่นพร้อมกันได้ในคราวเดียว นอกจากนั้นผู้ประกอบการสามารถดำเนินการต่ออายุใบอนุญาตและขอยกเลิกใบอนุญาตผ่านทางเว็บไซต์นี้ได้อีกด้วย

เมื่อผู้ประกอบการเลือกใบอนุญาตที่ตนประสงค์จะขออนุญาต ระบบจะแสดงข้อมูลใบอนุญาตอื่นที่เกี่ยวข้องให้ทราบ พร้อมทั้งคำแนะนำของหน่วยงานผู้ออกใบอนุญาต รวมทั้งตัวอย่างคำขอที่เคยได้มีการยื่นไว้เพื่อประกอบการพิจารณาด้วย

การที่ประเทศสิงคโปร์ได้พัฒนาระบบอนุญาตผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์ทำให้สามารถลดระยะเวลาในการพิจารณาออกใบอนุญาตฉบับใหม่ไปได้มาก การออกใบอนุญาตบางประเภทใช้เวลาไม่ถึงสามวัน และทำให้ผู้ประกอบการประหยัดค่าใช้จ่าย ไม่ว่าจะเป็นการลดจำนวนค่าธรรมเนียมใบอนุญาต การลดเวลาในการดำเนินการพิจารณาออกใบอนุญาต อีกทั้งยังเป็นการประหยัดเวลาเนื่องจากผู้ประกอบการไม่จำเป็นต้องเดินทางไปยังหน่วยงานหลายแห่งเพื่อยื่นคำขอหลายฉบับในการขอใบอนุญาตฉบับเดียว

^{๓๖}<https://licence1.business.gov.sg>

(๓) หลักการใช้ระบบอนุญาตของสหภาพยุโรป (EU)^{๑๓}

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

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

๑. ใช้ระบบอนุญาตเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็น (มาตรา ๔) กล่าวคือ การใช้ระบบอนุญาตต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติแก่ผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง มีความจำเป็นต้องใช้ระบบอนุญาตเนื่องจากมีเหตุผลอันสำคัญยิ่งเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวม เช่น ความสงบเรียบร้อยสาธารณะ ความปลอดภัยของประชาชน สุขอนามัยของประชาชน สุขอนามัยของสัตว์ และไม่มีมาตรการอื่นใดที่มีผลกระทบน้อยกว่าที่จะบรรลุเป้าหมายนั้นได้ ซึ่งเป็นไปตามหลัก “ความพอสมควรแก่เหตุ”

๒. วางกรอบการใช้อำนาจพิจารณาอนุญาตของเจ้าหน้าที่ (มาตรา ๑๐) เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ

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

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

(๔) ระบบกฎหมายฝรั่งเศส^{๑๔}

มาตรการควบคุมในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แบ่งออกเป็น

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

๒. มาตรการควบคุมภายหลัง รัฐมีบทบาทเชิงรับ ได้แก่ การแจ้ง ซึ่งบุคคลประกอบกิจการได้ทันที แต่มีการตรวจสอบภายหลัง สั่งให้หยุดประกอบกิจการได้

สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย ได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการขออนุญาต ความล่าช้าในการพิจารณาอนุญาต ซึ่งก่อให้เกิดต้นทุนแฝง และความซับซ้อนของกระบวนการพิจารณาอนุญาต ความเป็นกลางและการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่

^{๑๓} อังแล้ว เจริญรัตน์ที่ ๔, หน้า ๔

^{๑๔} อังแล้ว เจริญรัตน์ที่ ๔, หน้า ๕

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

ปัจจุบันฝรั่งเศสได้พยายามยกเลิกการใช้ระบบอนุญาต และใช้มาตรการควบคุมอื่นแทน เช่น การแจ้ง การขึ้นทะเบียน และปรับปรุงระบบอนุญาตให้สะดวกรวดเร็วขึ้น โดยจัดให้มีบริการจุดเดียวเบ็ดเสร็จ ยุบรวมใบอนุญาตหลายใบให้เหลือเพียงใบเดียวสำหรับการประกอบกิจการเรื่องเดียวกัน ขออนุญาตออนไลน์ หรือใช้ระบบอนุญาตโดยปริยาย

(๕) ระบบกฎหมายอิตาลี^{๑๙}

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

(๖) ระบบกฎหมายสวิตเซอร์แลนด์^{๒๐}

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

^{๑๙} อังแล้ว เจียงอรรถที่ ๙, หน้า ๕

^{๒๐} อังแล้ว เจียงอรรถที่ ๙, หน้า ๖

(๓) ระบบกฎหมายเยอรมัน^{๒๑}

ระบบอนุญาตที่ใช้ในกฎหมายเยอรมันเป็นระบบอนุญาตเชิงตรวจสอบ (Kontrollerlaubnis) หรือข้อห้ามเชิงป้องกันที่มีเงื่อนไขการอนุญาตให้กระทำการอันต้องห้าม ในภายหลังได้ (preventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) ซึ่งเป็นมาตรการทางกฎหมาย ที่มีผลทำให้การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองและคุ้มครองถูกยับยั้งไว้ก่อนเป็นการชั่วคราว (vorläufige Sperre) เพื่อประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบเสียก่อนว่า การประกอบวิชาชีพ การประกอบกิจการ หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลนั้นจะเป็นอันตราย ต่อประโยชน์สาธารณะในด้านต่าง ๆ หรือไม่ (Eröffnungskontrolle) โดยการอนุญาตให้กระทำการ มีลักษณะในทางเนื้อหาเป็น “การคืน” หรือ “การยืนยัน” สิทธิและเสรีภาพที่บุคคลนั้นมีอยู่แล้ว (Wiederherstellung von grundgesetzlichem Zustand) ทั้งนี้ การใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย เยอรมันจะใช้ “เพียงเท่าที่จำเป็น”

(๔) ระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา^{๒๒}

ระบบอนุญาตมีองค์ประกอบสำคัญ ๓ ประการ ได้แก่

๑. การห้ามเอกชนทำกิจกรรมบางอย่าง

๒. การสร้างเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติตามในการทำกิจกรรมนั้น

๓. การที่รัฐพิจารณาขบวนการห้ามให้แก่เอกชนที่ปฏิบัติตามเงื่อนไข ดังนั้น

การลดภาระจากระบบอนุญาตอาจดำเนินการได้โดยการผ่อนคลายความเคร่งครัดขององค์ประกอบ หนึ่งองค์ประกอบใดของระบบอนุญาตดังกล่าว อีกทั้งรัฐยังอาจใช้มาตรการที่เคร่งครัดต่ำกว่า เพื่อทดแทนระบบอนุญาตได้ เช่น การจดทะเบียน หรือการรับรองคุณสมบัติ

การกำหนดระบบอนุญาตในกฎหมายของสหรัฐอเมริกาถูกควบคุมโดยกฎหมาย รัฐธรรมนูญ กล่าวคือ รัฐบาลแต่ละระดับมีอำนาจที่ต่างกันในการกำกับดูแลกิจกรรมของเอกชน อีกทั้งการอนุญาตที่กำหนดนั้นต้องไม่เป็นการลดทอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามอำเภอใจ หรือเลือกปฏิบัติเกินกว่าที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้

สหรัฐอเมริกามีความพยายามในปฏิรูประบบอนุญาตบางด้าน เช่น ใบอนุญาต ประกอบวิชาชีพ ซึ่งรัฐบาลโอabamaได้เสนอแนวปฏิบัติที่ดีในเรื่องดังกล่าว เช่น การใช้ระบบอนุญาต เฉพาะเมื่อเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยและสาธารณสุขโดยการห้ามทำกิจกรรมนั้นต้องไม่มีขอบเขต กว้างหรือสร้างภาระมากเกินไป การสร้างกลไกการพิจารณาต้นทุนและผลประโยชน์ที่มีประสิทธิภาพ และการลดอุปสรรคในการเคลื่อนย้ายแรงงานระหว่างมลรัฐอันเกิดจากการใช้ระบบอนุญาต

นอกจากนี้ ยังมีข้อเสนอให้รัฐบาลอำนวยความสะดวกในการอนุญาต เช่น การเผยแพร่ข้อมูลทางออนไลน์ การตั้งศูนย์บริการร่วม การฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ การทดลองออก ใบอนุญาต และการตั้งองค์กรผู้ตรวจการสำหรับธุรกิจขนาดย่อม

^{๒๑}อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๙, หน้า ๖

^{๒๒}อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๙, หน้า ๖

(๙) ระบบกฎหมายญี่ปุ่น^{๒๓}

ในประเทศญี่ปุ่น วัตถุประสงค์สำคัญในการใช้ระบบอนุญาตมีขึ้นเพื่อรักษาเสถียรภาพและความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ของส่วนรวม รักษาความปลอดภัยของประชาชน และสนับสนุนการดำเนินของรัฐ

กระทรวงกิจการภายในและการสื่อสารของประเทศญี่ปุ่นได้มีการรวบรวมและจำแนกมาตรการควบคุมต่าง ๆ ตามความเคร่งครัดและระยะเวลาที่ต้องใช้ ได้แก่

๑. มีความเคร่งครัดมากที่สุดและมีแนวโน้มที่จะใช้เวลานานที่สุด เช่น คำสั่งอนุญาต คำสั่งอนุมัติ การออกใบอนุญาต โดยมาตรการประเภทนี้มักนำไปใช้กับกิจการที่มีผลกระทบต่อสังคมสูงหรือโดยสภาพแล้วเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย

๒. มีความเคร่งครัดปานกลางและมีแนวโน้มที่จะใช้เวลาไม่มาก ได้แก่ การรับรอง การตรวจสอบ การขึ้นทะเบียน โดยมาตรการประเภทนี้มักนำไปใช้กับกิจการที่มีผลกระทบต่อสังคมพอสมควรแต่ยังไม่ถึงระดับสูงเช่นกรณีแรก

๓. มีความเคร่งครัดน้อยที่สุดและมีแนวโน้มที่จะใช้เวลาเร็วที่สุด ได้แก่ การแจ้ง การรายงาน โดยมาตรการประเภทนี้มักนำไปใช้กับกิจการที่มีผลกระทบต่อสังคมในระดับต่ำ แต่เพื่อการบริหารจัดการที่ดีและเพื่อป้องกันหรือแก้ไขปัญหที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้อย่างเหมาะสม จึงจัดให้มีการแจ้งหรือรายงาน

สำหรับแนวทางการปรับปรุงระบบอนุญาตนั้น ประเทศญี่ปุ่นได้ดำเนินการปรับปรุงระบบอนุญาตที่สำคัญ ได้แก่

๑. แก้ไขหรือยกเลิกมาตรการควบคุมที่มีความเคร่งครัดมากและใช้เวลานาน และนำมาตราการควบคุมที่มีความเคร่งครัดและใช้เวลาน้อยกว่ามาบังคับใช้แทน

๒. ลดดุลพินิจและการแทรกแซงจากภาครัฐโดยการให้ภาคส่วนเอกชนเข้ามา มีบทบาทในการควบคุมร่วมหรือแทนที่ภาครัฐ

๓. การลดขั้นตอน เพื่ออำนวยความสะดวกและสร้างความชัดเจนให้แก่ประชาชน

๔. ปัญหาของระบบอนุญาต

(๑) ปัญหาเกี่ยวกับการยื่นขอรับใบอนุญาต

๑) ความซ้ำซ้อนในกระบวนการขออนุญาต

กฎหมายหลายฉบับกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการจะต้องดำเนินการขออนุญาตในเรื่องเดียวกันซ้ำซ้อนกันหลายขั้นตอนและหลายกฎหมาย โดยไม่มีการบูรณาการการทำงานระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ทำให้การขออนุญาตในเรื่องเดียวต้องดำเนินการขออนุญาตและมีการตรวจสอบซ้ำซ้อนกันหลายขั้นตอนหลายกฎหมาย ตัวอย่างเช่น การนำสินค้าขากหมูรมควินจากต่างประเทศเข้ามาขายในประเทศเพื่อใช้บริโภค นอกจากผู้นำเข้าต้องดำเนินการขอใบอนุญาตนำเข้าตามกฎหมายว่าด้วยการส่งออกไปนอกและการนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้าแล้ว ยังต้องดำเนินการขอใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยอาหาร และใบอนุญาตค้าซากสัตว์ตามกฎหมายว่าด้วยโรคระบาดสัตว์ด้วย หรือตัวอย่างกรณีที่กฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์และวีดิทัศน์กำหนดให้การจัดตั้งหรือประกอบ

^{๒๓} อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๙, หน้า ๗

กิจการร้านวิดิทัศน์จะต้องได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน และการออกใบอนุญาตให้ออกสำหรับร้านวิดิทัศน์แต่ละแห่ง ซึ่งในการขอใบอนุญาตดังกล่าวจะต้องมีการตรวจสอบสภาพของอาคารและสถานที่ในการประกอบกิจการ ซึ่งมีความเข้าซ้อนกับการได้รับอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในอาคารหรือสิ่งก่อสร้างนั้นอยู่แล้ว ซึ่งการกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการจะต้องดำเนินการขออนุญาตในเรื่องเดียวกันซ้ำซ้อนกันหลายขั้นตอนหลายกฎหมายเช่นนี้ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ประกอบการเป็นอย่างมาก

๒) ความล้าสมัยของบทบัญญัติเกี่ยวกับระบบอนุญาตในกฎหมาย

กฎหมายบางฉบับใช้บังคับมาเป็นระยะเวลานาน ทำให้ระบบอนุญาตที่บัญญัติไว้ในกฎหมายดังกล่าวไม่ทันสมัยและไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน เนื่องจากระบบการอนุญาต ณ เวลานั้นอาจเหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมในขณะนั้น เมื่อระยะเวลาผ่านไปแต่ไม่มีการแก้ไขปรับปรุงระบบอนุญาตตามกฎหมายให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนไปด้วย ย่อมส่งผลกระทบต่อการทำงานของประชาชน เช่น การขออนุญาตโฆษณาตามพระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง พ.ศ. ๒๔๙๓ ซึ่งกำหนดให้ผู้ที่จะทำการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียงด้วยกำลังไฟฟ้า จะต้องขอรับอนุญาตต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อน เมื่อได้รับอนุญาตแล้วจึงทำการโฆษณาได้ และเมื่อได้รับใบอนุญาตแล้ว จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดด้วยหรือตัวอย่างในอีกกรณีหนึ่ง คือ การประกอบการอาชีพขายทอดตลาดและค้าของเก่า ที่ต้องดำเนินการขออนุญาตตามพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พุทธศักราช ๒๔๗๔ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวกำหนดนิยามคำว่า “ของเก่า” หมายความว่า ทรัพย์สินที่เสนอขาย แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายโดยประการอื่นอย่างทรัพย์สินที่ใช้แล้ว ทั้งนี้ รวมถึงของโบราณด้วย ซึ่งเป็นความหมายอย่างกว้าง ดังนั้น หากพิจารณาตามนิยามข้างต้น การขายทรัพย์สินที่ใช้แล้วหรือที่เรียกว่าของมือสองที่มีการลงขายกันผ่านทางเว็บไซต์ หรือผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ อย่างแพร่หลายในปัจจุบันนั้นย่อมต้องมีการขอใบอนุญาตตามกฎหมายนี้ด้วยเช่นกัน แต่ในทางปฏิบัติจะเห็นได้ว่าประชาชนไม่ได้มีการดำเนินการตามกฎหมายนี้แต่อย่างใด เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายไม่ทันต่อการพัฒนาระบบเทคโนโลยีที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้รัฐไม่สามารถตรวจสอบควบคุมการประกอบกิจการดังกล่าวให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายอย่างแท้จริงได้

๓) การกำหนดคุณสมบัติที่เป็นอุปสรรคในการประกอบอาชีพและเป็นภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น

ระบบอนุญาตในกฎหมายบางฉบับเป็นภาระเกินความจำเป็นและเป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. ๒๕๖๐ กำหนดให้ผู้ประสงค์จะปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ให้บริการในสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ ต้องยื่นคำขอจดทะเบียนเป็นผู้ให้บริการในสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ และได้กำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้ที่ประสงค์จะปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ให้บริการในสถานประกอบการเพื่อสุขภาพไว้ โดยต้องไม่เป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี การกำหนดดังกล่าวเป็นอุปสรรคอย่างยิ่งสำหรับผู้ต้องขังที่พ้นโทษแล้วและต้องการประกอบอาชีพสุจริตโดยเฉพาะอย่างยิ่งการนวดแผนไทยซึ่งเป็นอาชีพหนึ่งที่กรมราชทัณฑ์ส่งเสริมให้ผู้ต้องขังฝึกเพื่อให้สามารถนำไปประกอบอาชีพหลังจากพ้นโทษ ซึ่งการนวดแผนไทยเป็นกิจการเพื่อสุขภาพตามกฎหมายว่าด้วยสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ ทำให้ผู้ต้องขัง

จำนวนมากซึ่งได้รับโทษในความผิดบางฐานและพ้นโทษแล้วซึ่งประสงค์ที่จะทำงานดังกล่าว ย่อมไม่สามารถกระทำได้ โดยเฉพาะความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เนื่องจากเป็นผู้ที่มีลักษณะต้องห้ามในการเป็นผู้ให้บริการในสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ

ตัวอย่างอีกกรณีหนึ่ง คือ พระราชบัญญัติธุรกิจรักษาความปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๖๐ กำหนดให้ผู้ประสงค์จะทำหน้าที่เป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยรับอนุญาตต้องได้รับใบอนุญาตเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยรับอนุญาตจากนายทะเบียน และได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยรับอนุญาตว่าต้องสำเร็จการศึกษาระดับมัธยมศึกษาตอนปลาย หรือเทียบเท่า โดยผู้ประกอบอาชีพพนักงานรักษาความปลอดภัยอยู่เดิมและที่จะเข้าสู่อาชีพนี้ในอนาคตที่ไม่จบการศึกษาตามที่กฎหมายว่าด้วยการศึกษาระดับมัธยมศึกษา กำหนดไม่สามารถประกอบอาชีพดังกล่าวต่อไปได้ และต่อมาจึงได้มีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติได้มีคำสั่ง ที่ ๖๗/๒๕๕๙ เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยธุรกิจรักษาความปลอดภัย ลงวันที่ ๑๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๙ กำหนดคุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยรับอนุญาตเสียใหม่ โดยกำหนดว่าต้องสำเร็จการศึกษาระดับมัธยมศึกษาตอนปลาย หรือเทียบเท่า ซึ่งอยู่ในขณะที่สำเร็จการศึกษา

นอกจากนี้ ในบางกรณีกฎหมายที่ควบคุมหรือกำกับกับการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของประชาชนยังเป็นผู้ประกอบการพัฒนาวัฒนธรรมหรือการริเริ่มพัฒนาอาชีพใหม่ ๆ เนื่องจากการขออนุญาตสำหรับการประกอบกิจการส่วนใหญ่จะกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขไว้ค่อนข้างเข้มงวด ทำให้ผู้ประกอบการรายเล็กไม่อาจดำเนินการขออนุญาตและดำเนินการให้ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด

๔) การกำหนดให้ยื่นขอใบอนุญาตที่เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก

การประกอบกิจการบางอย่างมีความเกี่ยวข้องกับกลไกในการควบคุมหรือกำกับของหน่วยงานของรัฐในหลายเรื่อง ตัวอย่างเช่น การประกอบกิจการของร้านค้าปลีกขนาดเล็กหรือร้านโชห่วย ในขั้นตอนแรกจะต้องจดทะเบียนพาณิชย์ต่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ และกรณีสินค้าที่จำหน่ายเป็นสินค้าที่ต้องมีใบอนุญาตในการจำหน่ายก็ต้องขอใบอนุญาตสำหรับการขายสินค้าแต่ละประเภทที่แตกต่างกันด้วย เช่น สุรา ยาสูบ และไฟ นอกจากนี้ หากมีรายรับจากการขายสินค้าหรือให้บริการต่อบริษัทอื่นที่เกินกว่าจำนวนที่กฎหมาย จะต้องจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มเพื่อเป็นผู้ประกอบการจดทะเบียน ไม่ว่าจะประกอบกิจการทั้งประเภทที่เป็นเจ้าของคนเดียว เจ้าของหลายคน ห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ซึ่งการที่มีใบอนุญาตที่เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมากทำให้เป็นภาระแก่ผู้ขออนุญาตในการยื่นคำขอจากหน่วยงานหลายแห่งเนื่องจากผู้อนุญาตตามกฎหมายแต่ละฉบับเป็นคนละหน่วยงาน จึงมีอำนาจหน้าที่และสถานที่ยื่นคำขอต่างหากจากกัน และหากธุรกิจประเภทใดที่ต้องใช้ใบอนุญาตหลายประเภทก็ย่อมเป็นไปได้อย่างมากที่การขออนุมัติหรืออนุญาตจะใช้ระยะเวลาเนิ่นนาน^{๒๔}

เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ในการออกกฎหมายที่มีบทบัญญัติซึ่งกำหนดให้ผู้ขออนุญาตจะต้องได้รับใบอนุญาตที่เกี่ยวข้องจำนวนมาก จึงมีความพยายามที่จะกำหนดกลไกต่าง ๆ ไว้ในกฎหมายเพื่อให้การพิจารณาอนุญาตเป็นไปได้อย่างสะดวก รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพที่สุด

^{๒๔} รายงานข้อเสนอต่อรัฐบาล การฝึกอบรมผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูงรุ่นที่ ๕

เช่น มาตรา ๑๕^{๒๕} แห่งพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. ๒๕๔๗ กำหนดให้ในการยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจโรงแรม ผู้ขอรับใบอนุญาตอาจยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจโรงแรมก่อนนายทะเบียนในคราวเดียวกัน และให้นายทะเบียนแจ้งเป็นหนังสือ พร้อมทั้งส่งคำขอรับใบอนุญาตตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจโรงแรมไปยังหน่วยงานที่รับผิดชอบโดยไม่ชักช้า หรือมาตรา ๓๑^{๒๖} แห่งพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. ๒๕๓๕ ที่กำหนดให้การประกอบกิจการโรงงานใดมีกรณีที่เกี่ยวข้องอันจะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายอื่นอยู่ด้วย พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ และพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจดำเนินการตามกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ อาจกำหนดวิธีการในการ

^{๒๕} มาตรา ๑๗ ในการยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามมาตรา ๑๕ ผู้ขอรับใบอนุญาตอาจยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจโรงแรมก่อนนายทะเบียนในคราวเดียวกัน

เมื่อนายทะเบียนได้รับคำขอรับใบอนุญาตตามวรรคหนึ่งแล้วให้นายทะเบียนตรวจสอบความถูกต้องและความสมบูรณ์ของคำขอ หากคำขอดังกล่าวไม่ถูกต้องหรือไม่สมบูรณ์ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในประกาศที่ออกตามมาตรา ๑๕ ให้นายทะเบียนแจ้งผลการตรวจสอบให้ผู้ขอรับใบอนุญาตทราบภายในห้าวันทำการนับแต่วันยื่นคำขอ พร้อมทั้งกำหนดระยะเวลาให้ผู้ขอรับใบอนุญาตแก้ไข หากพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้วผู้ขอรับใบอนุญาตไม่ดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้องให้นายทะเบียนคืนคำขอแก่ผู้ขอรับใบอนุญาต

ในกรณีที่นายทะเบียนพิจารณาแล้วเห็นว่า คำขอรับใบอนุญาตตามวรรคหนึ่งถูกต้องและสมบูรณ์ ให้นายทะเบียนแจ้งเป็นหนังสือพร้อมทั้งส่งคำขอรับใบอนุญาตตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจโรงแรมไปยังหน่วยงานที่รับผิดชอบโดยไม่ชักช้า

หากหน่วยงานที่รับผิดชอบพิจารณาแล้วเห็นว่า คำขอรับใบอนุญาตไม่ถูกต้องหรือไม่สมบูรณ์ตามหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการนั้น ให้หน่วยงานที่รับผิดชอบแจ้งต่อผู้ขอรับใบอนุญาตถึงความไม่ถูกต้องหรือความไม่สมบูรณ์ดังกล่าว พร้อมทั้งกำหนดระยะเวลาให้ผู้ขอรับใบอนุญาตแก้ไข และให้หน่วยงานที่รับผิดชอบแจ้งให้นายทะเบียนทราบโดยไม่ชักช้า

เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามวรรคสี่ หากผู้ขอรับใบอนุญาตไม่ดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้องให้นายทะเบียนคืนคำขอแก่ผู้ขอรับใบอนุญาต

ให้ถือว่าคำขอรับใบอนุญาตตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจโรงแรมที่ผู้ขอรับใบอนุญาตยื่นต่อนายทะเบียนตามวรรคหนึ่งเป็นคำขอรับใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น และให้นำความในมาตรานี้ไปใช้บังคับกับกรณีที่ต้องมีการยื่นเอกสารอื่นที่มีใช้คำขอหรือเพื่อประกอบคำขอรับใบอนุญาตตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจโรงแรมด้วยโดยอนุโลม ทั้งนี้ ในการยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจโรงแรมต่อนายทะเบียนนั้น หากมีกรณีที่ผู้ขอรับใบอนุญาตต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข หรือต้องชำระค่าธรรมเนียมใด ๆ ตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนด ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

^{๒๖} มาตรา ๓๑ เพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการให้มีประสิทธิภาพและการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ถ้าการประกอบกิจการโรงงานใดมีกรณีที่เกี่ยวข้องอันจะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายอื่นอยู่ด้วย พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้และพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจดำเนินการตามกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ อาจกำหนดวิธีการในการดำเนินการเพื่อพิจารณาอนุญาตร่วมกันก็ได้

การดำเนินการตามวรรคหนึ่งจะกำหนดให้กระทำโดยมีการยื่นคำขอร่วมกัน หรือจะให้มีผลเป็นการยกเว้นแบบเอกสารที่ต้องใช้ รายการและข้อมูลที่ต้องแสดง สถานที่ต้องยื่นคำขอหรือเอกสาร และขั้นตอนในการพิจารณาอนุญาตที่ซ้ำซ้อนหรือคล้ายคลึงกัน หรืออาจก่อให้เกิดอุปสรรคแก่การพิจารณาอนุญาตร่วมกันโดยไม่จำเป็นเสียก็ได้ และในกรณีที่สมควรจะกำหนดหลักเกณฑ์หรือวิธีการใดให้ต้องปฏิบัติเพิ่มเติมแทนก็ได้ แต่การอนุญาตจะต้องเป็นไปตามรูปแบบที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยการนั้น

(มีต่อหน้าถัดไป)

ดำเนินการเพื่อพิจารณาอนุญาตร่วมกันก็ได้ และในการพิจารณาอนุญาตร่วมกัน พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตรวจสอบผู้มีอำนาจพิจารณาส่วนหนึ่งส่วนใดในการอนุญาต หรือผู้มีอำนาจอนุญาตอาจมอบอำนาจของตนให้พนักงานเจ้าหน้าที่อื่นที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาอนุญาตเป็นผู้ดำเนินการแทนได้ตามความเหมาะสม หรือมาตรา ๔๘^{๒๗} แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. ๒๕๕๐ กำหนดให้ในกรณีที่มีการปลูกสร้างอาคารหรือการตั้งโรงงานเพื่อประกอบกิจการพลังงาน ต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร กฎหมายว่าด้วยการผังเมือง หรือกฎหมายว่าด้วยการพัฒนาและส่งเสริมพลังงาน โดยกำหนดให้การอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน โดยคณะกรรมการต้องขอความเห็นจากหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายต่าง ๆ ดังกล่าว และหน่วยงานดังกล่าวต้องแจ้งความเห็นพร้อมทั้งจำนวนค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บตามกฎหมายนั้น ๆ ให้คณะกรรมการทราบด้วย

อย่างไรก็ดี บทบัญญัติลักษณะดังกล่าวก็ยังมีปัญหาในทางปฏิบัติอยู่หลายประการ ซึ่งปรากฏตามข้อหาหรือที่ส่งมายังคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้แก่ ปัญหาตามกฎหมายว่าด้วยการกำกับกิจการพลังงาน เช่น อำนาจของคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานในการอนุญาตปลูกสร้างอาคารหรือตั้งโรงงานเพื่อประกอบกิจการพลังงานตามมาตรา ๔๘ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน ฯ มีขอบเขตเพียงใด และคณะกรรมการจะสามารถมอบอำนาจตามมาตรา ๔๘ ดังกล่าวให้คณะอนุกรรมการ บุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือหน่วยงานที่มีอำนาจตามกฎหมายอื่นที่กำหนดในมาตรา ๔๘ ได้หรือไม่ และการอุทธรณ์คำสั่งที่ส่งตามมาตรา ๔๘ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน ฯ จะอุทธรณ์ตามกฎหมายใด รวมทั้งกิจการพลังงานตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน ฯ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่น หากกฎหมายแต่ละฉบับกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องเดียวกันไว้ จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายใด

(๒) ปัญหาเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาต

๑) การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่

ในการอนุมัติหรืออนุญาตมักจะเป็นกรณีที่ต้องมีการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยเสมอ ซึ่งหากกฎหมายมิได้กำหนดระยะเวลาการพิจารณาอนุมัติอนุญาตหรือกำหนดเอกสารหลักฐานที่จะใช้ในการยื่นคำขออนุญาตไว้ชัดเจน ทำให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาต

(ต่อจากเชิงอรรถที่แล้ว)

ในการพิจารณาอนุญาตร่วมกัน พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตรวจสอบ ผู้มีอำนาจพิจารณาส่วนหนึ่งส่วนใดในการอนุญาตหรือผู้มีอำนาจอนุญาตอาจมอบอำนาจของตนให้พนักงานเจ้าหน้าที่อื่นที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาอนุญาตเป็นผู้ดำเนินการแทนได้ตามความเหมาะสม

การกำหนดและการมอบอำนาจตามวรรคสองและวรรคสาม เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้มีผลใช้บังคับได้

^{๒๗} มาตรา ๔๘ ในกรณีที่มีการปลูกสร้างอาคาร หรือการตั้งโรงงานเพื่อประกอบกิจการพลังงาน ต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร กฎหมายว่าด้วยการผังเมือง หรือกฎหมายว่าด้วยการพัฒนาและส่งเสริมพลังงาน ให้การอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตามพระราชบัญญัตินี้ โดยคณะกรรมการต้องขอความเห็นจากหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายต่าง ๆ ดังกล่าว และหน่วยงานดังกล่าวต้องแจ้งความเห็นพร้อมทั้งจำนวนค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บตามกฎหมายนั้น ๆ ให้คณะกรรมการทราบด้วย

ให้สำนักงานจัดส่งค่าธรรมเนียมที่คณะกรรมการเรียกเก็บตามวรรคหนึ่ง ให้หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายต่าง ๆ เพื่อดำเนินการต่อไป

สามารถใช้ดุลพินิจได้ตามอำเภอใจ และเป็นช่องทางให้ประชาชนที่ต้องการให้คำขออนุญาตของตนได้รับการพิจารณาอย่างรวดเร็วก็อาจใช้ช่องโหว่ของกฎหมายดังกล่าวกระทำการใดเพื่อจูงใจเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตใช้อำนาจในทางที่มีภูมิควรได้ และจะกลายเป็นตัวอย่างที่ไม่ดีต่อสังคม รวมทั้งสร้างค่านิยมที่ไม่เหมาะสมแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ นอกจากนี้ การที่กฎหมายไม่ได้กำหนดมาตรการบังคับให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตต้องปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชักช้า หรือไม่ได้กำหนดเวลาการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตไว้ ทำให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตขาดความกระตือรือร้นหรือความตระหนักในการปฏิบัติหน้าที่ให้ลุล่วงไปอย่างรวดเร็วเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของประชาชน^{๒๔}

๒) ความรู้ความเชี่ยวชาญของเจ้าหน้าที่

กรณีการอนุมัติหรืออนุญาตในเรื่องที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางเทคนิคที่จำเป็นต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตไม่มีความรู้ความชำนาญในเรื่องนั้น ๆ อย่างแท้จริงอาจทำให้เกิดผลที่คลาดเคลื่อนในการอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือดำเนินการของบุคคลได้ รวมทั้งอาจส่งผลกระทบต่อสาธารณะกรณีที่เป็นการอนุญาตในเรื่องที่เกี่ยวกับความปลอดภัยสาธารณะด้วย นอกจากนี้ การที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่ต้องพิจารณาอนุมัติอนุญาตเพียงพอจะทำให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตไม่กล้าที่จะตัดสินใจหรือใช้ดุลพินิจแตกต่างไปจากที่เคยปฏิบัติมา ซึ่งในบางครั้งทำให้เกิดผลเสียต่อประชาชนผู้ยื่นคำขอ

(๓) ปัญหาเกี่ยวกับหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่หรือเกี่ยวข้องกับการพิจารณาอนุญาต

การพิจารณาอนุญาตในหลายกรณีมีความเกี่ยวข้องกับหน่วยงานหลายแห่ง ซึ่งหากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการเฉพาะการอนุญาตในส่วนของตนโดยไม่มีการบูรณาการการดำเนินงานร่วมกัน หรือเป็นกรณีที่หน่วยงานแต่ละแห่งเห็นว่าเรื่องนี้ไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน แต่เป็นอำนาจหน้าที่ของอีกหน่วยงานหนึ่งจึงไม่ยอมดำเนินการ ปังจัยเหล่านี้น่าจะมีผลทำให้การดำเนินการในกระบวนการพิจารณาอนุญาตเป็นไปอย่างล่าช้าและไม่มีประสิทธิภาพ

ที่ผ่านมามีความพยายามที่จะบูรณาการการดำเนินการที่เกี่ยวกับระบบอนุญาตของหน่วยงานของรัฐ โดยหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติได้มีคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ ๒๑/๒๕๖๐ เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกในการประกอบธุรกิจ^{๒๕} ลงวันที่ ๔ เมษายน ๒๕๖๐ กำหนดให้ในกรณีที่กฎหมาย กฎ หรือระเบียบใดกำหนดให้ผู้ขอรับอนุมัติ อนุญาต หรือ ใบอนุญาต หรือผู้ยื่นขอจดทะเบียนหรือจดทะเบียน หรือผู้แจ้ง ต้องใช้เอกสารที่ทางราชการออกให้แก่ผู้นั้น เพื่อประกอบการพิจารณาหรือดำเนินการ ให้เป็นหน้าที่

^{๒๔} อ้างแล้ว เิงอรณที่ ๒๔, หน้า ๑๒

^{๒๕} ข้อ ๑๗ ในกรณีที่กฎหมาย กฎ หรือระเบียบใดกำหนดให้ผู้ขอรับอนุมัติ อนุญาต หรือใบอนุญาต หรือผู้ยื่นขอจดทะเบียนหรือจดทะเบียน หรือผู้แจ้ง ต้องใช้เอกสารที่ทางราชการออกให้แก่ผู้นั้น เพื่อประกอบการพิจารณาหรือดำเนินการ ให้เป็นหน้าที่ของผู้อนุมัติ อนุญาต ออกใบอนุญาตรับจดทะเบียน รับจดทะเบียน หรือรับแจ้งนั้น ที่จะต้องดำเนินการให้หน่วยงานที่ออกเอกสารราชการเช่นว่านั้นส่งข้อมูลหรือสำเนาเอกสารดังกล่าวมาเพื่อประกอบการพิจารณาหรือดำเนินการ ในกรณีที่ผู้อนุมัติดังกล่าวประสงค์ได้สำเนาเอกสารนั้นจากผู้ขอรับอนุมัติ อนุญาต หรือใบอนุญาต หรือผู้ยื่นขอจดทะเบียนหรือจดทะเบียน หรือผู้แจ้ง ให้ผู้อนุมัตินั้นเป็นผู้จัดทำสำเนาเอกสารดังกล่าวเอง เพื่อประโยชน์แห่งการนี้ห้ามมิให้เรียกเก็บค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการทำสำเนาดังกล่าวจากผู้ขอรับอนุมัติ อนุญาต หรือใบอนุญาตหรือผู้ยื่นขอจดทะเบียนหรือจดทะเบียน หรือผู้แจ้ง

ของผู้มีอำนาจอนุมัติ อนุญาต ออกใบอนุญาต รับจดทะเบียน รับจัดแจ้ง หรือรับแจ้งนั้น ที่จะต้องดำเนินการให้หน่วยงานที่ออกเอกสารราชการเช่นว่านั้น ส่งข้อมูลหรือสำเนาเอกสารดังกล่าวมาเพื่อประกอบการพิจารณาหรือดำเนินการ

อย่างไรก็ดี การบูรณาการดำเนินการที่เกี่ยวกับระบบอนุญาตของหน่วยงานของรัฐตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติดังกล่าวยังมีปัญหาในทางปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องขั้นตอนและระยะเวลาในการจัดส่งเอกสารราชการที่หน่วยงานผู้มีอำนาจหน้าที่ออกใบอนุญาตมีค่าขอไปยังหน่วยงานที่ออกเอกสารราชการอันอาจทำให้การพิจารณาอนุญาตต้องล่าช้าออกไป และทำให้ผู้ยื่นคำขออนุมัติหรืออนุญาตต้องใช้วิธีการแบบเดิม คือ นำสำเนาเอกสารดังกล่าวไปยื่นต่อหน่วยงานผู้มีอำนาจอนุมัติหรืออนุญาตเองเพื่อความรวดเร็ว หรือเป็นกรณีที่หน่วยงานที่ออกเอกสารราชการปฏิเสธคำขอโดยอ้างว่าไม่มีเอกสารหรือไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ ดังนั้น การดำเนินการตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ อาจไม่ได้เป็นการอำนวยความสะดวกในการยื่นเอกสารประกอบการขออนุมัติหรืออนุญาตอย่างแท้จริง

(๔) ปัญหาเกี่ยวกับระบบฐานข้อมูลในการพิจารณาอนุญาต

๑) การไม่มีระบบฐานข้อมูล หรือระบบฐานข้อมูลไม่เป็นปัจจุบัน

ระบบฐานข้อมูลเป็นเครื่องมือสำคัญที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตจำเป็นต้องใช้เพื่อประกอบการพิจารณา หากหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการออกใบอนุญาตมีระบบการจัดเก็บข้อมูลที่มีประสิทธิภาพย่อมทำให้การพิจารณาอนุญาตเป็นไปได้อย่างรวดเร็ว รอบคอบ และเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เช่น ในการตรวจสอบคุณสมบัติลักษณะต้องห้ามของผู้ยื่นคำขอรับใบอนุญาต กรณีที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตไว้ว่า ต้องไม่ใช่ผู้ที่เคยถูกเพิกถอนใบอนุญาตมาก่อน หากหน่วยงานมีการจัดทำฐานข้อมูลเกี่ยวกับสถานะของผู้ได้รับอนุญาตไว้อย่างเป็นระบบย่อมสามารถดำเนินการตรวจสอบลักษณะต้องห้ามของผู้รับใบอนุญาตดังกล่าวได้อย่างสะดวกรวดเร็ว ส่งผลให้การพิจารณาออกใบอนุญาตแต่ละฉบับเป็นไปอย่างรวดเร็วด้วยเช่นกัน

ที่ผ่านมาหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการออกใบอนุญาตมีความพยายามที่จะจัดทำระบบฐานข้อมูลของแต่ละหน่วยงานให้ทันสมัยและเป็นปัจจุบันอยู่เสมอ รวมทั้งการจัดทำฐานข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์หรือฐานข้อมูลออนไลน์เพื่อความสะดวกในการสืบค้น ตัวอย่างเช่น ระบบฐานข้อมูลใบอนุญาตประทานบัตรของกรมอุตสาหกรรมพื้นฐานและการเหมืองแร่ ระบบฐานข้อมูลใบอนุญาตตัวแทน/นายหน้าประกันภัยของสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย (คปภ.) ระบบฐานข้อมูลใบอนุญาตครอบครองสัตว์ป่าของกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช ฐานข้อมูลโรงงานงานอุตสาหกรรมของกรมโรงงานอุตสาหกรรม ฐานข้อมูลใบอนุญาตประกอบวิชาชีพครูของสภาครูและบุคลากรทางการศึกษา อย่างไรก็ตาม หน่วยงานที่ดำเนินการจัดทำฐานข้อมูลใบอนุญาตในลักษณะดังกล่าวมีจำนวนไม่มาก เมื่อเปรียบเทียบกับจำนวนหน่วยงานที่รับผิดชอบในการพิจารณาอนุญาตตามกฎหมายทั้งหมด

๒) ระบบฐานข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ของหน่วยงานของรัฐไม่สามารถเชื่อมโยงระหว่างกันได้

การพิจารณาอนุญาตในบางกรณีเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับหน่วยงานหลายแห่ง จึงมีความจำเป็นที่จะต้องนำข้อมูลของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งหมดมาใช้ประกอบการพิจารณาร่วมกัน ดังนั้น การจัดให้มีระบบฐานข้อมูลร่วมกันจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ กล่าวคือ^{๓๐}

(ก) เป็นการเพิ่มความสามารถในการแลกเปลี่ยนและใช้ข้อมูลร่วมกันระหว่างหน่วยงาน

(ข) ลดค่าใช้จ่ายในการใช้ข้อมูลร่วมกัน เนื่องจากในการดำเนินโครงการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างหน่วยงานนั้นมักจะเป็นการดำเนินโครงการของหน่วยงานที่จะพัฒนาระบบสารสนเทศเพื่อให้บริการต่าง ๆ ควบคู่ไปกับการแลกเปลี่ยนข้อมูล โดยจะมีค่าใช้จ่ายในการศึกษาสำรวจ และวิเคราะห์ข้อมูลที่ต้องการใช้หรือต้องการแลกเปลี่ยน เมื่อมีหน่วยงานอื่นที่มีความประสงค์จะดำเนินโครงการเช่นนี้จะต้องมีค่าใช้จ่ายในกิจกรรมเหล่านี้อีก ดังนั้น เมื่อมีการจัดทำระบบฐานข้อมูลที่เป็นที่ยอมรับร่วมกัน และประกาศเป็นมาตรฐานกลางจะช่วยลดค่าใช้จ่ายในการจัดทำรายการข้อมูลซ้ำซ้อนและไม่เป็นมาตรฐาน

(ค) ลดระยะเวลาในการดำเนินงานในโครงการพัฒนาระบบสารสนเทศที่มีความต้องการใช้ข้อมูลร่วมกัน หรือแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างหน่วยงาน ไม่ว่าจะเป็นการติดต่อประสานงานระหว่างหน่วยงานเพื่อขอใช้ข้อมูล และมีกฎ กติกา ระเบียบที่ต้องปฏิบัติอีกเป็นจำนวนมาก รวมทั้งต้องจัดทำเอกสารระหว่างหน่วยงานอีกหลายครั้ง หากมีระบบฐานข้อมูลกลางย่อมสามารถลดระยะเวลาในการดำเนินกิจกรรมต่างๆ เหล่านี้ได้

(ง) เพิ่มโอกาสแห่งความสำเร็จในการแลกเปลี่ยนข้อมูลเพราะหากใช้วิธีการรูปแบบเดิมหน่วยงานที่ผู้ให้ข้อมูลอาจจะปฏิเสธไม่ให้ข้อมูลได้

(จ) สามารถสร้างมูลค่าเพิ่มในบริการอิเล็กทรอนิกส์ภาครัฐได้มากขึ้น ปัจจุบันหน่วยงานภาครัฐสามารถให้บริการอิเล็กทรอนิกส์ได้ในระดับหน่วยงานของตน และมีระดับคุณภาพของการให้บริการที่ดีแต่ประชาชนยังคงมีความยุ่งยากในการติดต่อเพื่อทำธุรกรรมจากหลายหน่วยงานในการดำเนินกิจกรรมหนึ่ง เช่น การขอจดทะเบียนประกอบกิจการอุตสาหกรรมจะต้องติดต่อและทำธุรกรรมกับหลายหน่วยงาน ได้แก่ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กรมสรรพากร สำนักงานประกันสังคม และ กรมโรงงานอุตสาหกรรม ดังนั้น หากสามารถกำหนดระบบฐานข้อมูลที่จะใช้ร่วมกัน จะก่อให้เกิดนวัตกรรมบริการจากข้อมูลเดิมได้ เช่น การติดตามผลการขอจดทะเบียนการขอเปลี่ยนแปลงสถานที่ตั้ง และการขอใบอนุญาตอื่นเพิ่มเติมได้ อีกทั้งเป็นการเพิ่มช่องทางในการเข้าถึงประชาชน และเมื่อมีผู้นิยมใช้บริการอิเล็กทรอนิกส์มากขึ้น หน่วยงานต่างๆ สามารถปรับเปลี่ยนการดำเนินงานจากการกำกับมาเป็นการตรวจสอบได้มากขึ้น

(ฉ) ลดผลกระทบเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงรายละเอียดของข้อมูล โดยทั่วไปเมื่อหน่วยงานใดต้องการที่จะปรับปรุงระบบฐานข้อมูลของตนก็จะทำการปรับเปลี่ยนพื้นที่ส่งผลให้หน่วยงานอื่นที่ใช้ข้อมูลร่วมกันไม่สามารถดำเนินการได้ทัน การกำหนดระบบฐานข้อมูลกลางนั้นจะทำให้การแก้ไขไม่สามารถกระทำได้อิสระ แต่จะต้องได้รับการอนุมัติจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก่อน

^{๓๐}คู่มือการจัดทำมาตรฐานเพื่อการเชื่อมโยงข้อมูลระหว่างหน่วยงานภาครัฐ, กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร, พฤศจิกายน ๒๕๕๓, หน้า ๑-๒ และ ๑-๓

อย่างไรก็ดี โดยที่ปัจจุบันระบบฐานข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ของหน่วยงานของรัฐแต่ละแห่งมีความเป็นเอกเทศ ทำให้ไม่สามารถเชื่อมโยงข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างกันได้ด้วยเหตุนี้ ในการพิจารณาออกใบอนุญาตที่ต้องใช้ข้อมูลจากหลายหน่วยงานยังคงต้องใช้ระบบการทำงานแบบรูปแบบเดิม คือ การมีหนังสือเป็นลายลักษณ์อักษรขอข้อมูลกันระหว่างหน่วยงาน ทำให้การพิจารณาใช้ระยะเวลานาน และแม้ว่าที่ผ่านมาจะมีความพยายามที่จะทำให้ระบบฐานข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ของหน่วยงานของรัฐทั้งหมดเชื่อมโยงกัน แต่การดำเนินการในเรื่องดังกล่าวก็เป็นไปได้ยาก เนื่องจากปัญหาที่เกิดจากระบบเทคโนโลยีสารสนเทศหรือระบบซอฟต์แวร์ของแต่ละหน่วยงานที่ใช้มาเป็นระยะเวลานาน หรือปัญหาเกี่ยวกับระบบเทคโนโลยีสารสนเทศหรือระบบซอฟต์แวร์ที่หน่วยงานแต่ละแห่งใช้ก็มีระบบที่แตกต่างกัน ทำให้ไม่สามารถรองรับการเชื่อมโยงข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ที่พัฒนาขึ้นได้

(๕) ปัญหาเกี่ยวกับการใช้บังคับกฎหมายกลางที่กำหนดเกี่ยวกับระบบอนุญาต

กฎหมายกลางที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับระบบอนุญาต ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายบางเรื่องยังไม่สามารถใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ และบางเรื่องในทางปฏิบัติยังไม่สามารถดำเนินการได้ หรือดำเนินการได้ล่าช้า

โดยที่พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ^{๓๑} เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับหน่วยงานของรัฐที่มีกฎหมายหรือกฎที่มีบทบัญญัติให้ต้องมีการขออนุญาต จดทะเบียน หรือแจ้งก่อนที่จะดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยหน่วยงานนั้นต้องจัดให้มีคู่มือสำหรับประชาชน และต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และ ขั้นตอน ตามที่กฎหมายว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตฯ ได้บัญญัติไว้ ซึ่งแม้ว่าหน่วยงานของรัฐจะมีหน้าที่ต้องบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎ แต่การดำเนินการเหล่านั้นมิได้เป็นเรื่องของการขออนุญาต จดทะเบียน หรือแจ้งก่อนที่จะดำเนินการอย่างใด หน่วยงานของรัฐแห่งนั้นก็ไม่จำเป็นต้องจัดทำคู่มือสำหรับประชาชนหรือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และ ขั้นตอนที่กำหนดในกฎหมายนี้ แต่ยังคงอยู่ในบังคับของกฎหมายฉบับอื่นด้วย

อย่างไรก็ดี แม้ว่าในช่วงสองปีแรกของการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว หน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ในการพิจารณาอนุญาตเริ่มตระหนักถึงความสำคัญในการมีคู่มือสำหรับประชาชน รวมทั้งดำเนินการจัดทำและเผยแพร่คู่มือดังกล่าวแล้วก็ตาม แต่การจัดทำคู่มือและการเผยแพร่ดังกล่าวยังเป็นเพียงการดำเนินการเฉพาะในหน่วยงานของตนเองเท่านั้น นอกจากนั้น การดำเนินการอีกส่วนหนึ่งซึ่งเป็นการบูรณาการเกี่ยวกับการรับคำขออนุญาตของหน่วยงานต่าง ๆ หรือที่เรียกว่า ศูนย์รับคำขออนุญาตนั้นยังมิได้เกิดขึ้นจริง จึงทำให้การอำนวยความสะดวกในการขออนุญาตยังไม่บรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมายอย่างครบถ้วนทุกประเด็น ทั้งนี้ ปัจจุบัน สำนักงาน ก.พ.ร. ร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง อยู่ระหว่างการศึกษาแนวทางการจัดตั้งศูนย์รับคำขอ รวมทั้ง ปรับปรุงการนำเทคโนโลยีมาใช้ในการให้บริการที่เกี่ยวข้องกับการขออนุญาต เช่น การให้บริการในลักษณะ One Stop Service การพัฒนาระบบติดตามการให้บริการ (Tracking system) การอำนวยความสะดวกในการจองคิวกลางและการให้ข้อมูลป้อนกลับของประชาชนต่อการบริการ (Citizen Feedback Survey)^{๓๒}

^{๓๑} แนวทางการดำเนินงานตามมติคณะรัฐมนตรี เรื่อง แผนการยกระดับการบริการภาครัฐ ระยะที่ ๒ ตามพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. ๒๕๕๘ ที่เสนอโดยสำนักงาน ก.พ.ร. (เสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อทราบ เมื่อวันที่ ๒๖ กันยายน ๒๕๖๐)

๕. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

(๑) บทสรุป

โดยที่ระบบอนุญาตกำหนดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในเชิงควบคุม กำกับ หรือ จัดระเบียบเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการประกอบกิจการของประชาชน แต่ใช้ระบบอนุญาต ในกฎหมายเพื่อควบคุมและกำกับดังกล่าวก็เป็นการกระทบต่อการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลและเป็น การรบกวนประมาณของภาครัฐด้วยเช่นกัน

ในปัจจุบันรัฐมีแนวคิดที่จะเข้าไปแทรกแซงกิจกรรมต่าง ๆ ของเอกชนให้น้อย ที่สุด โดยหันมาส่งเสริมให้เอกชนสร้างมาตรการควบคุมกันเอง เพื่อเป็นการลดทอนกลไกการควบคุม ในกฎหมายให้มีความผ่อนคลาย และมีลักษณะเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนมากยิ่งขึ้น โดยยังคงกลไกในการควบคุม และคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการ ผ่อนคลายในการควบคุมดังกล่าว และนำไปสู่การมีกฎหมายที่มีคุณภาพ

อย่างไรก็ดี แม้ว่าจะมีความพยายามของภาครัฐในการลดการตรากฎหมายที่ใช้ ระบบอนุญาต แต่ปรากฏว่าตั้งแต่ปี ๒๕๔๐ - ๒๕๖๐ การตรากฎหมายโดยใช้ระบบอนุญาตมีจำนวน ไม่ลดลง ซึ่งหากปล่อยให้แต่ละหน่วยงานใช้ดุลพินิจในการประเมินความจำเป็นในการใช้ระบบอนุญาต โดยไม่กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไว้อาจทำให้จำนวนกฎหมายที่ใช้ระบบอนุญาตไม่ลดลงด้วย ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความจำเป็นในการตรากฎหมาย ที่จะใช้ระบบอนุญาตในรูปแบบของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เพื่อใช้เป็นแนวทางและเป็นที่ ยอมรับทั้งจากฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติต่อไป

(๒) ข้อเสนอแนะ

๑) กำหนดให้มีการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมายเท่าที่จำเป็น เว้นแต่มีเหตุจำเป็น เพื่อรักษาประโยชน์ของประเทศชาติหรือประชาชน หรือมีกรณีจำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

เนื่องจากระบบอนุญาตเป็นมาตรการควบคุมซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ ของบุคคลจึงควรนำมาใช้เฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นซึ่งเป็นไปเพื่อรักษาประโยชน์ของส่วนรวม เช่น ความมั่นคงและปลอดภัยของประเทศหรือประชาชน ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ และต้องเป็นกรณีที่ไม่มีความจำเป็นที่ต้องใช้ระบบอนุญาตในเรื่องใด ควรมีข้อพิจารณา

๒) ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้ระบบอนุญาตในเรื่องใด ควรมีข้อพิจารณา

๓ ประการหลัก ได้แก่

(ก) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการควบคุม รวมทั้งภาระ ที่จะเกิดขึ้นแก่บุคคล

เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการควบคุมในการดำเนินการหรือดำเนินการ ในเรื่องใด จะต้องคำนึงถึงการตรวจสอบคุณสมบัติและการดำเนินการของบุคคลประกอบการ พิจารณาก่อนที่จะออกใบอนุญาต รวมถึงการกำหนดเงื่อนไขในการดำเนินการภายหลังได้รับอนุญาต แล้วนั้น จะต้องอยู่ภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยกฎหมายพึงกำหนดหลักเกณฑ์เพียงเท่าที่ จำเป็น เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์ส่วนรวมที่มุ่งคุ้มครองเท่านั้น นอกจากนี้ การพิจารณาถึงประโยชน์ส่วนรวมที่มุ่งจะคุ้มครองนั้นต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน โดยจะต้องมี ความคุ้มค่าเมื่อเปรียบเทียบกับภาระของบุคคลที่จะต้องขออนุญาตประกอบด้วย

(ข) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกรอบการพิจารณาอนุญาตของเจ้าหน้าที่

กฎหมายที่กำหนดให้ใช้ระบบอนุญาตควรกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไข ในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ไว้ด้วย โดยคำนึงถึงหลักในการพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติ

ราชการทางปกครอง เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ เช่น ๑) หลักการไม่เลือกปฏิบัติ ๒) ความได้สัดส่วนของประโยชน์ส่วนรวม ๓) ความชัดเจนในการพิจารณา ๔) มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย ๕) แจ้งให้ทราบล่วงหน้า และ ๖) เข้าถึงได้ นอกจากนี้ การพิจารณาของเจ้าหน้าที่จะต้องมีความชัดเจน โปร่งใส และเผยแพร่กำหนดแนวทางในการใช้ดุลพินิจให้ประชาชนทราบด้วย

(ค) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการระยะเวลาและขั้นตอนในการพิจารณาอนุญาต

สมควรกำหนดระยะเวลาและขั้นตอนยื่นคำขออนุญาตดำเนินการต่าง ๆ ไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน โดยจะต้องคำนึงถึงการอำนวยความสะดวกในการขออนุญาตของประชาชน ประกอบกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการประกอบด้วย ทั้งนี้ เพื่อแก้ไขปัญหาความล่าช้าในการพิจารณาใบอนุญาตและลดการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาอนุญาต ในการนี้ อาจนำระบบอนุญาตโดยปริยายตามที่กำหนด ในกฎหมายว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการมากำหนดเป็นเกณฑ์กลางไว้ในกฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับด้วย กล่าวคือ กำหนดให้การพิจารณาเกี่ยวกับการอนุมัติหรืออนุญาตที่ไม่แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้ถือว่าได้รับอนุญาตตามคำขอ

๓) กำหนดให้มีกลไกในการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาต

(ก) การมีหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบเกี่ยวกับระบบอนุญาตทั่วประเทศ

โดยที่ระบบอนุญาตเป็นมาตรการที่กำหนดไว้ในกฎหมายจำนวนมาก และเกี่ยวข้องกับหน่วยงานหลายแห่ง ดังนั้น เพื่อให้การดำเนินการเกี่ยวกับการพิจารณาอนุญาตเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน จึงควรกำหนดให้มีหน่วยงานหนึ่งที่ทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางในการรับคำขอ และชี้แจงรายละเอียดเกี่ยวกับการอนุญาตตามกฎหมายต่าง ๆ เพื่อให้ประชาชนสามารถติดต่อขอข้อมูล และยื่นคำขอหลายเรื่องพร้อมกันในคราวเดียว รวมทั้งเป็นจุดรับเรื่องร้องเรียนและแก้ไขปัญหาในการยื่นคำขออนุญาตตามกฎหมาย

ปัจจุบันแนวคิดดังกล่าวได้ถูกนำมากำหนดให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นไว้ในพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการฯ ซึ่งมาตรา ๗^{๒๖} และมาตรา ๑๔^{๒๗} แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดให้มีการจัดตั้งศูนย์บริการร่วมเพื่อรับคำขอ

^{๒๖}มาตรา ๗

ฯลฯ

ฯลฯ

เพื่อประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน ให้ส่วนราชการจัดให้มีศูนย์บริการร่วมเพื่อรับคำขอและชี้แจงรายละเอียดเกี่ยวกับการอนุญาตต่าง ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตไว้ ณ ที่เดียวกันตามแนวทางที่คณะกรรมการพัฒนาระบบราชการกำหนด

^{๒๗}มาตรา ๑๔ ในกรณีจำเป็นและสมควรเพื่อประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ให้คณะรัฐมนตรีมีมติจัดตั้งศูนย์รับคำขออนุญาต เพื่อทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางในการรับคำขอตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตขึ้น

ให้ศูนย์รับคำขออนุญาตตามวรรคหนึ่งมีฐานะเป็นส่วนราชการตามมาตรา ๑๘ วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๔๕ โดยอยู่ในสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี และจะให้มีสาขาของศูนย์ประจำกระทรวงหรือประจำจังหวัดด้วยก็ได้

การจัดตั้งศูนย์รับคำขออนุญาตตามวรรคหนึ่งให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวให้กำหนดรายละเอียดกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตที่จะให้อยู่ภายใต้การดำเนินการของศูนย์รับคำขออนุญาต

ในการดำเนินการเกี่ยวกับการรับคำขอ จะกำหนดในพระราชกฤษฎีกาให้ผู้ยื่นคำขอ ยื่นคำขอผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ก็ได้

และชี้แจงรายละเอียดเกี่ยวกับการอนุญาตต่าง ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตไว้ ณ ที่เดียวกัน และศูนย์รับคำขออนุญาตเพื่อทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางในการรับคำขอตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาต

(ข) การนำระบบอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในระบบอนุญาต และการเชื่อมโยงระบบฐานข้อมูลของรัฐร่วมกัน

จากการศึกษาเปรียบเทียบแนวความคิดเกี่ยวกับระบบอนุญาตของต่างประเทศ เห็นได้ว่า ปัจจุบันหลายประเทศได้นำระบบอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในระบบอนุญาต ไม่ว่าจะเป็นในขั้นตอนการขออนุญาต การต่ออายุใบอนุญาต รวมทั้งการยกเลิกเพิกถอนใบอนุญาตด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากการใช้ระบบอิเล็กทรอนิกส์มีความสะดวก รวดเร็ว ลดระยะเวลาและค่าใช้จ่าย รวมทั้งยังเป็นการลดการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ด้วย ซึ่งการนำระบบอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในระบบอนุญาต จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการมีระบบฐานข้อมูลที่ดี ดังนั้น หากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องสามารถจัดทำระบบฐานข้อมูลที่ทันสมัย และเชื่อมโยงระบบฐานข้อมูลของรัฐร่วมกันย่อมทำให้ระบบอนุญาตทางอิเล็กทรอนิกส์มีประสิทธิภาพและสามารถอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนได้อย่างแท้จริง

ปัจจุบัน สำนักงาน ก.พ.ร. ได้ดำเนินการร่วมกับสำนักงานรัฐบาลอิเล็กทรอนิกส์ในการวางระบบอิเล็กทรอนิกส์เพื่อสนับสนุนการดำเนินการตามพระราชบัญญัติอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการฯ รวมทั้งสิ้น ๔ ระบบ ได้แก่ ระบบรายงานคู่มือสำหรับประชาชน ระบบรายงานกรณีล่าช้า ระบบรับเรื่องร้องเรียน และระบบวิเคราะห์กระบวนการ (ระบบรายงานและสนับสนุนการวิเคราะห์) โดยคู่มือสำหรับประชาชนได้มีการนำขึ้นสู่เว็บไซต์ ศูนย์รวมข้อมูลเพื่อติดต่อราชการ (www.info.go.th) เพื่อให้ประชาชนสามารถสืบค้นบริการของภาครัฐได้ง่ายสามารถสืบค้นผ่านทาง mobile application “คู่มือประชาชน” ได้อีกด้วย^๔

นอกจากนั้น หน่วยงานหลายแห่งก็ได้นำระบบอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในระบบอนุญาตและมีการเชื่อมโยงระบบฐานข้อมูลระหว่างหน่วยงาน เช่น สำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานร่วมกับกระทรวงอุตสาหกรรมได้ปรับปรุงระบบการขออนุญาตประกอบกิจการโรงไฟฟ้า โดยกำหนดให้ประชาชนสามารถยื่นคำขออนุญาตจัดตั้งโรงไฟฟ้าได้หลายแห่ง ไม่ว่าจะเป็นสำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน กรมโรงงานอุตสาหกรรม สำนักงาน กกพ. เขตพื้นที่หรือสำนักงานอุตสาหกรรมจังหวัดทั่วประเทศ โดยทั้งสองหน่วยงานจะใช้ระบบฐานข้อมูลการอนุญาตร่วมกัน และอยู่ระหว่างการพัฒนาอนุญาตออนไลน์

๔) การทบทวนระบบการอนุญาตในกฎหมายปัจจุบันเพื่อนำไปสู่การยกเลิกหรือปรับเปลี่ยนจากระบบอนุญาตเป็นการกำกับดูแลโดยใช้มาตรการที่เข้มงวดน้อยลง เช่น การแจ้งการรับรอง หรือการจดทะเบียน โดยอาจริเริ่มจากการทบทวนกฎหมายตามหมวดหมู่หรือตามวัตถุประสงค์ เช่น กลุ่มกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพหรือการดำเนินธุรกิจของประชาชน โดยมีการกำหนดเป็นวาระแห่งชาติในการทบทวนระบบการอนุญาตในกฎหมายปัจจุบัน กำหนดเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดในการดำเนินการเพื่อให้เกิดผลเป็นรูปธรรมและทันต่อสถานการณ์ของโลกที่เปลี่ยนแปลงไป

^๔ เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง “ความคืบหน้าการดำเนินการตามพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. ๒๕๕๘” สำนักงาน ก.พ.ร., วันที่ ๕ กรกฎาคม ๒๕๕๙

บทที่ ๒

ระบบคณะกรรมการกับการบริหารราชการแผ่นดิน

๑. บทนำ

การจัดองค์กรทางปกครองของประเทศไทยในอดีตจะอยู่ในอำนาจหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรม และอยู่ในการควบคุมดูแลโดยตรงของรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี โดยมีมอบให้เป็นความรับผิดชอบของบุคคลคนเดียว (Individual responsibility) มีอำนาจในการตัดสินใจและรับผิดชอบผลของการตัดสินใจนั้นในลักษณะของเจ้าภาพ ซึ่งมีข้อดีคือมีความสะดวกในการเร่งรัด ติดตาม และประเมินผลสัมฤทธิ์ของงาน อันช่วยให้การทำงานเป็นไปอย่างรวดเร็วและประหยัดค่าใช้จ่ายในการบริหารงานด้วย อย่างไรก็ตาม การบริหารงานโดยบุคคลเพียงคนเดียวย่อมเป็นการเสี่ยงต่อการใช้ดุลพินิจโดยไม่รอบคอบ และเสี่ยงต่อการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ (Abuse of power) เพราะไม่มีการคานอำนาจการใช้ดุลพินิจ ประกอบกับงานบางอย่างจำเป็นต้องได้รับข้อมูลหรือมีความรู้หลายด้านหรือต้องการให้เกิดการประสานงานระหว่างหลายหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและผู้มีส่วนได้เสีย จึงเริ่มมีการใช้การบริหารงานโดยระบบคณะกรรมการซึ่งเป็นองค์กรกลุ่ม (Collectivity body) แทนการมอบให้เป็นอำนาจหน้าที่ของบุคคลเพียงคนเดียว และลดระดับความรับผิดชอบของบุคคลผู้ได้รับมอบหมายให้เหลือเพียงการดำเนินการตามมติของคณะกรรมการเท่านั้น^{๓๕} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๗๗ วรรคสาม กำหนดให้รัฐพึงใช้ระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีนี้^{๓๖} ดังนั้น เพื่อความเข้าใจเกี่ยวกับการนำระบบคณะกรรมการมาใช้ในการบริหารราชการแผ่นดิน งานวิชาการฉบับนี้จึงได้ศึกษาแนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับระบบคณะกรรมการ ประกอบด้วยความหมาย ประเภท องค์ประกอบ ข้อดี และข้อเสียของระบบคณะกรรมการ และศึกษาความพยายามในการจำกัดและลดการใช้ระบบคณะกรรมการในการบริหารราชการแผ่นดินทั้งในต่างประเทศและในประเทศไทย อันจะนำไปสู่การวิเคราะห์ข้อมูลเพื่อหาแนวทางในการพัฒนาการนำระบบคณะกรรมการมาใช้ในการบริหารราชการแผ่นดินต่อไป

ความหมายของคณะกรรมการ หมายถึง คณะกรรมการ คือ กลุ่มบุคคลที่กำหนดขึ้นเพื่อให้ดำเนินการด้านบริหารหรือกระทำการบางอย่างโดยมีเป้าหมายร่วมกัน มีความสัมพันธ์ร่วมกัน อย่างใดอย่างหนึ่ง มีความเป็นอิสระในการแลกเปลี่ยนแนวความคิดระหว่างกรรมการด้วยกัน รวมทั้งต่างมีอิทธิพลซึ่งกันและกันเพื่อไปสู่เป้าหมายเดียวกัน โดยสมาชิกในคณะกรรมการมักจะถูกกำหนดให้การทำงานในรูปคณะกรรมการเป็นพิเศษจากการทำงานตามปกติ ซึ่งในทางการบริหารนั้นเราถือว่า คณะกรรมการเป็นการกระทำของกลุ่ม และถือว่าคณะกรรมการเป็นกลุ่มก่อให้เกิดการรวมพลัง (Synergy) ผลรวมของงานที่เกิดขึ้นจากการทำงานเป็นกลุ่มย่อมมีมากกว่าผลรวมของงานที่เกิดจากต่างคนต่างทำ คณะกรรมการเป็นกลุ่มที่เกิดจากการแต่งตั้งอย่างเป็นทางการ มีอำนาจหน้าที่หรือภาระที่ได้รับมอบหมายอย่างชัดเจน อาจได้รับการแต่งตั้งเป็นคณะกรรมการถาวร (Standing committee) หรือคณะกรรมการถาวรเฉพาะกิจ (Temporary committee) ก็ได้^{๓๗}

^{๓๕} ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนาคานต์, คณะกรรมการ : การปฏิบัติให้มีประสิทธิภาพ, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม ๒, เมษายน ๒๕๒๖, น. ๖๓

^{๓๖} เพิ่งอ้าง, น. ๖๓

นอกจากนี้ ยังมีนักวิชาการได้ให้ความหมายของคณะกรรมการไว้อีกว่า คณะกรรมการหมายถึง กลุ่มของคนที่เข้ามารวมกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อพิจารณาปัญหาต่าง ๆ ภายในองค์การโดยอาศัยความคิดเห็นของกลุ่มซึ่งดำเนินการร่วมกันพิจารณาปัญหาในรูปแบบขององค์ประชุม (Quorum) กลุ่มของคณะกรรมการนี้อาจจะรวมกันขึ้นในลักษณะที่ไม่เป็นทางการก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติ คณะกรรมการที่ตั้งขึ้นมักจะมีการจัดตั้งขึ้นอย่างเป็นทางการเพื่อรวมเอาบุคคลจากฝ่ายต่าง ๆ มาช่วยพิจารณาและแก้ไขปัญหาเฉพาะอย่างหรือปัญหาทั่วไปภายในองค์การ^{๓๓}

๒. แนวคิดในการนำระบบคณะกรรมการมาใช้ในการบริหารราชการแผ่นดิน

การนำระบบคณะกรรมการมาใช้ในการบริหารราชการแผ่นดินนั้น เกิดจากแนวคิดว่าการมอบอำนาจให้บุคคลเพียงคนเดียวเป็นผู้รับผิดชอบงานเป็นการเสี่ยงต่อการใช้ดุลพินิจโดยไม่รอบคอบและเสี่ยงต่อการใช้อำนาจหน้าที่เพื่อประโยชน์ส่วนตน ประกอบกับงานบางอย่างจำเป็นต้องได้รับข้อมูลหรือความรู้หลายด้าน หรือต้องการให้เกิดการประสานงานหรือความเป็นเอกภาพของหน่วยงานหลายหน่วยงาน จึงเริ่มมีการบริหารงานโดยระบบคณะกรรมการขึ้น โดยการมอบความรับผิดชอบในการกำหนดนโยบายการดำเนินการหรือการตัดสินใจในเรื่องสำคัญให้แก่คณะกรรมการซึ่งเป็นองค์กรกลุ่ม (Collective body) แทน และลดระดับความรับผิดชอบของบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้เหลือเพียงการดำเนินการตามมติของคณะกรรมการเท่านั้น ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าการนำระบบคณะกรรมการมาใช้ในหน่วยงานมักเกิดจากเหตุใดเหตุหนึ่งดังต่อไปนี้^{๓๔}

- เรื่องนั้นเป็นเรื่องที่มีประโยชน์ได้เสียสูง หรือจะมีผลกระทบต่อประชาชนซึ่งไม่ควรให้ผู้ใดเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจเรื่องนั้นแต่เพียงผู้เดียว
- เรื่องนั้นเป็นเรื่องที่จำเป็นต้องระดมความคิดเห็นจากหลายฝ่าย และให้เกิดความรับผิดชอบร่วมกัน
- เรื่องนั้นเป็นเรื่องที่จำเป็นต้องอาศัยความรู้ที่หลากหลาย มีลักษณะสหวิทยาการ (Inter-discipline) ซึ่งไม่สามารถจะหาได้ในบุคคลเพียงคนเดียว
- เรื่องนั้นเป็นเรื่องที่อยู่ในความรับผิดชอบหรือเกี่ยวข้องกับหลายฝ่าย จำเป็นต้องสร้างกลไกในการประสานงานเพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพและรวดเร็วในการทำงาน

๓. ประเภทของคณะกรรมการ

๓.๑ การแบ่งประเภทของคณะกรรมการโดยพิจารณาตามหลักการจัดองค์กรและการบริหาร^{๓๕} อาจแบ่งออกได้เป็น ๔ ประเภท คือ

^{๓๓} อังชัย สันติวงษ์, *องค์การและการบริหาร*, พิมพ์ครั้งที่ ๒, (กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิช, ๒๕๑๖), หน้า ๓๑๐

^{๓๔} คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ, *รายงานการศึกษาและข้อเสนอแนะเรื่อง การปรับปรุงอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตามกฎหมาย*, กันยายน ๒๕๕๖, น. ๒-๓

^{๓๕} สิริพันธ์ พลรบ, *คณะกรรมการในทางปกครองตามพระราชบัญญัติในประเทศไทย*, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๒, น. ๖๗-๖๘

๓.๑.๑ คณะกรรมการนโยบาย

คณะกรรมการนโยบายเป็นคณะกรรมการที่อยู่ในระดับสูงที่สุดในองค์กร เนื่องจากเป็นผู้วางนโยบายหลักให้แก่องค์กรนั้น ๆ รับผิดชอบปฏิบัติตามแนวนโยบายดังกล่าว ฉะนั้น คุณสมบัติของกรรมการจึงต้องอยู่ในระดับสูง เช่น เป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถกว้างขวาง ในการกำหนดนโยบายในเรื่องนั้น ๆ และเกี่ยวข้องกับการนำนโยบายที่กำหนดไว้ดังกล่าวไปปฏิบัติ ซึ่งมักกำหนดให้กรรมการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับสูง เช่น รัฐมนตรี ปลัดกระทรวง หรืออธิบดี ที่มีหน้าที่รับผิดชอบเรื่องนั้น ๆ หรือผู้ที่มีประสบการณ์อื่นใดเป็นพิเศษ สำหรับคณะกรรมการเกี่ยวกับนโยบายนั้นอาจแบ่งได้เป็น ๒ กลุ่ม คือ คณะกรรมการเกี่ยวกับนโยบายระดับชาติซึ่งเป็นคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณากำหนดนโยบายที่เหมาะสมเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อดำเนินการ ทั้งนี้ เนื่องจากอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบายของรัฐนั้นเป็นเรื่องของคณะรัฐมนตรี และคณะกรรมการเกี่ยวกับนโยบายในระดับองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งได้แก่คณะกรรมการขององค์กรกระจายอำนาจ เช่น สภามหาวิทยาลัยตามกฎหมายจัดตั้งมหาวิทยาลัย สภากลาโหมตามพระราชบัญญัติ จัตระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. ๒๕๐๓ เป็นต้น

๓.๑.๒ คณะกรรมการที่ปรึกษา

คณะกรรมการที่ปรึกษามีระดับความสำคัญในองค์กรในระดับสูง เนื่องจากเป็นผู้ให้คำปรึกษา ข้อเสนอแนะ หรือความเห็นใด ๆ ต่อผู้มีอำนาจตัดสินใจในองค์กร ฉะนั้น คุณสมบัติที่สำคัญก็จะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถในเรื่องนั้น ๆ เป็นอย่างดี องค์ประกอบของคณะกรรมการประเภทนี้นอกจากจะมาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องแล้วก็มักจะต้องมี “กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ” อีกจำนวนหนึ่งเพื่อร่วมให้ความรู้ในเรื่องนั้น

คณะกรรมการที่ปรึกษาในทางปกครองมี ๒ ระดับ คือ ประเภทที่หนึ่ง เป็นทั้งคณะกรรมการที่ปรึกษาและผู้ควบคุมการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง โดยในเรื่องที่มีความสำคัญ ๆ ผู้ปฏิบัติกรจะต้องขอความเห็นชอบหรือจะต้องปรึกษากับคณะกรรมการด้วย คณะกรรมการประเภทนี้มีจำนวนมากกระจายไปในหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ และประเภทที่สอง เป็นเพียงองค์กรที่ปรึกษาเท่านั้น ผู้ปฏิบัติกรจะปรึกษาหรือไม่ก็ได้แล้วแต่ดุลพินิจ

๓.๑.๓ คณะกรรมการบริหาร

คณะกรรมการบริหารเป็นองค์กรในระดับสำคัญของหน่วยงานที่มีอำนาจตัดสินใจดำเนินการ คุณสมบัติของกรรมการประเภทนี้จึงมีความสำคัญ เพราะมีความเกี่ยวข้องกับการดำเนินงานภายในองค์กรโดยตรง คณะกรรมการประเภทนี้พบน้อยมากในด้านการปกครอง แต่มักจะใช้ในองค์กรที่เกี่ยวกับข้อกักการเงินประเภทกองทุนต่าง ๆ องค์กรควบคุมการประกอบวิชาชีพ อิสระ และสภาการศึกษาระดับอุดมศึกษา เนื่องจากองค์กรจะมีฐานะเป็นนิติบุคคล โดยมีคณะกรรมการเป็นผู้บริหารงานให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น

๓.๑.๔ คณะกรรมการปฏิบัติ

คณะกรรมการประเภทนี้เป็นองค์กรในระดับล่างที่จะเป็นผู้ดำเนินการต่าง ๆ คุณสมบัติของกรรมการจึงอาจไม่ต้องอยู่ในระดับสูงดังเช่นคณะกรรมการนโยบายหรือคณะกรรมการที่ปรึกษา แต่หากคณะกรรมการเหล่านี้ทำหน้าที่ปะปนกับหน้าที่ในสามลักษณะข้างต้น คุณสมบัติของคณะกรรมการก็ต้องเป็นเรื่องที่ต้องคำนึงถึงเป็นพิเศษตามลักษณะหน้าที่ดังกล่าวด้วย

๓.๒ ประเภทของคณะกรรมการตามกฎหมายไทย

จากการตรวจสอบหน้าที่ของคณะกรรมการตามกฎหมายไทยพบว่าสามารถแบ่งประเภทของคณะกรรมการตามหน้าที่ได้เป็น ๕ ประเภท ดังนี้^{๔๐}

๓.๒.๑ หน้าที่กำหนดนโยบายหรือแนวทางในการดำเนินงานของฝ่ายปฏิบัติ (Policy Making) เช่น หน้าที่กำหนดนโยบายการจัดสรรที่ดินของคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางตามมาตรา ๘ (๑)^{๔๑} แห่งพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. ๒๕๔๓ หรือหน้าที่ในการกำหนดนโยบายการดำเนินงานของสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมของคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมตามมาตรา ๑๙^{๔๒} แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. ๒๕๑๘ เป็นต้น

๓.๒.๒ การควบคุมการดำเนินงาน (Regulating) เช่น หน้าที่ของคณะกรรมการจัดระบบจรรยาบรรณในการกำหนดมาตรการเกี่ยวกับการแก้ปัญหาการจราจรทางบก ตลอดจนกำกับดูแล เร่งรัดการปฏิบัติงานของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และประสานการปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรการ นโยบายและแผนหลักที่กำหนด ตามมาตรา ๕ (๔)^{๔๓} แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการจัดระบบจรรยาบรรณ พ.ศ. ๒๕๒๑ เป็นต้น

๓.๒.๓ การให้คำปรึกษาแนะนำ (Advisory) เช่น หน้าที่ของคณะกรรมการกฤษฎีกาในการให้คำปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐหรือตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือมติของคณะรัฐมนตรีและเสนอความเห็นและข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการให้มีกฎหมายหรือแก้ไขปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมาย ตามมาตรา ๗ (๒) และ (๓)^{๔๔} แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒ หรือหน้าที่ของคณะกรรมการสาธารณสุขในการเสนอแนะต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขในเรื่องเกี่ยวกับแผนงานของมาตรการเกี่ยวกับ

^{๔๐} อ่างแล้ว, เชิงอรธที่ ๓๘, น. ๘-๑๒.

^{๔๑} มาตรา ๘ คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางมีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลการจัดสรรที่ดินโดยทั่วไป รวมทั้งให้อำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(๑) กำหนดนโยบายการจัดสรรที่ดิน

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๔๒} มาตรา ๑๙ ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบในการกำหนดนโยบาย มาตรการ ข้อบังคับหรือระเบียบเกี่ยวกับการปฏิรูปที่ดินของ ส.ป.ก. ตลอดจนการควบคุมการบริหารงานของ ส.ป.ก. รวมทั้งอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบ ดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๔๓} มาตรา ๕ คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(๔) กำหนดมาตรการเกี่ยวกับการแก้ปัญหาการจราจรทางบก ตลอดจนกำกับดูแล เร่งรัดการปฏิบัติงานของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และประสานการปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรการ นโยบาย และแผนหลักที่กำหนด

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๔๔} มาตรา ๗ คณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(๑) จัดทำร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือมติของคณะรัฐมนตรี

(๒) รับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐหรือตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือมติของคณะรัฐมนตรี

(๓) เสนอความเห็นและข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการให้มีกฎหมายหรือแก้ไขปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมาย

การสาธารณสุข การปรับปรุงกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับและคำสั่งเกี่ยวกับการสาธารณสุขในการออกกฎกระทรวง รวมทั้งให้คำแนะนำแก่ท้องถิ่นในการออกข้อกำหนดท้องถิ่นตามมาตรา ๑๐ (๑) - (๕)^{๔๔} แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. ๒๕๒๒

๓.๒.๔ หน้าที่วินิจฉัยอุทธรณ์ (Adjudication) ได้แก่ หน้าที่ในการพิจารณา วินิจฉัยข้อพิพาทอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือข้อพิพาทระหว่างเอกชน ก่อนที่จะมีการนำคดีไปสู่การพิจารณาของศาล เช่น คณะกรรมการขายตรงและตลาดแบบตรงที่มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งของนายทะเบียนที่ไม่รับจดทะเบียนเป็นผู้ประกอบการธุรกิจขายตรงหรือตลาดแบบตรงตามมาตรา ๔๓^{๔๕} แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. ๒๕๔๕ หรือคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลเครดิตที่มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับความถูกต้องของข้อมูลเครดิตระหว่างเจ้าของข้อมูลกับบริษัทข้อมูลเครดิต ตามมาตรา ๒๗^{๔๖} แห่งพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ. ๒๕๕๕ เป็นต้น

^{๔๔} มาตรา ๑๐ ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(๑) เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีในการกำหนดนโยบาย แผนงานและมาตรการเกี่ยวกับการสาธารณสุข และพิจารณาให้ความเห็นในเรื่องใด ๆ เกี่ยวกับการสาธารณสุขตามที่รัฐมนตรีมอบหมาย

(๒) ศึกษา วิเคราะห์และให้ความเห็นต่อรัฐมนตรีในการปรับปรุงกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ และคำสั่งเกี่ยวกับการสาธารณสุข

(๓) ให้คำแนะนำต่อรัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวง และต่อราชการส่วนท้องถิ่นในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่น

(๔) ให้คำปรึกษาแนะนำแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นในการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

^{๔๕} มาตรา ๔๓ ในกรณีที่ผู้ได้รับคำสั่งของนายทะเบียนตามมาตรา ๔๑/๑ วรรคสอง มาตรา ๔๑/๒ มาตรา ๔๑/๗ หรือมาตรา ๔๒ ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าว ให้มีสิทธิอุทธรณ์เป็นหนังสือต่อคณะกรรมการภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำสั่ง

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด

^{๔๖} มาตรา ๒๗ ในกรณีที่มิชอบโต้แย้งระหว่างเจ้าของข้อมูลกับบริษัทข้อมูลเครดิตเกี่ยวกับความถูกต้องของข้อมูลและไม่อาจหาข้อยุติได้ ให้บริษัทข้อมูลเครดิตบันทึกข้อโต้แย้งพร้อมหลักฐานประกอบของเจ้าของข้อมูลไว้ในระบบข้อมูลของเจ้าของข้อมูล ในการจัดทำรายงานข้อมูลเพื่อให้บริการแก่สมาชิกหรือผู้ให้บริการ บริษัทข้อมูลเครดิตต้องระบุในรายงานดังกล่าวด้วยว่ามีข้อโต้แย้งของเจ้าของข้อมูลในเรื่องใดบ้าง ในการนี้ เจ้าของข้อมูลอาจอุทธรณ์ข้อโต้แย้งนั้นต่อคณะกรรมการเพื่อวินิจฉัยชี้ขาด

หากมิชอบโต้แย้งเกิดขึ้นระหว่างสถาบันการเงิน สมาชิก หรือผู้ให้บริการกับบริษัทข้อมูลเครดิตหรือกับเจ้าของข้อมูลและไม่อาจหาข้อยุติได้ ให้บริษัทข้อมูลเครดิต สถาบันการเงิน สมาชิก หรือผู้ให้บริการบันทึกข้อโต้แย้งนั้นในระบบข้อมูลของเจ้าของข้อมูลนั้น พร้อมกับแจ้งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องทราบด้วย ในการนี้ เจ้าของข้อมูลอาจอุทธรณ์ข้อโต้แย้งนั้นต่อคณะกรรมการเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดก็ได้

การอุทธรณ์ข้อโต้แย้งต่อคณะกรรมการตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

เมื่อมีคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้บริษัทข้อมูลเครดิต สถาบันการเงิน สมาชิกและผู้ให้บริการ ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้น

๓.๒.๕ หน้าที่บริหาร (Administration) ซึ่งได้แก่หน้าที่ในการอนุมัติหรืออนุญาตให้กระทำใดหรือให้ความเห็นชอบกับการกระทำใดของเจ้าหน้าที่ เช่น มาตรา ๓๑^{๔๔} แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ บัญญัติให้คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลางให้ความเห็นชอบการกำหนดเงื่อนไขในใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางเกี่ยวกับจำนวนรถที่ต้องใช้ในการประกอบการ ลักษณะ ชนิด ขนาด สีและเครื่องหมายของผู้ประกอบการ หรือสถานที่หยุดรถเพื่อขนถ่ายผู้โดยสาร หรือมาตรา ๒๑^{๔๕} แห่งพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. ๒๕๔๓ ที่กำหนดให้คณะกรรมการการจัดสรรที่ดินจังหวัดมีหน้าที่ในการอนุญาตให้ทำการจัดสรรที่ดิน เป็นต้น

๔. องค์ประกอบของคณะกรรมการ^{๔๖}

๔.๑ ประธานกรรมการ ผู้ที่อาจกำหนดให้เป็นประธานกรรมการได้มี ๓ ประเภท คือ

๔.๑.๑ ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ได้แก่ นายกรัฐมนตรี (หรือรองนายกรัฐมนตรีซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมาย) หรือรัฐมนตรีเป็นประธาน

๔.๑.๒ ข้าราชการประจำ ได้แก่ ปลัดกระทรวงเป็นประธาน (หรือถ้ากฎหมายบางระดับเห็นว่าผู้ดำรงตำแหน่งอธิบดีเหมาะสมที่จะเป็นประธานกรรมการก็กำหนดได้ เช่น พระราชบัญญัติการขุดดินและถมดิน พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๑๑ ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า

^{๔๔} มาตรา ๓๑ ในการออกใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทาง ให้นายทะเบียนโดยอนุมัติของคณะกรรมการกำหนดเงื่อนไขไว้ในใบอนุญาตเกี่ยวกับ

- (๑) จำนวนรถที่ต้องใช้ในการประกอบการขนส่งตามเส้นทางที่ใช้ในการประกอบการขนส่ง
- (๒) สิทธิในรถที่ใช้ประกอบการขนส่งของผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่ง
- (๓) ลักษณะ ชนิด ขนาดและสีของรถและเครื่องหมายของผู้ประกอบการขนส่งที่ต้องให้ปรากฏ

ประจำรถทุกคัน

(๔) จำนวนที่นั่ง เกณฑ์น้ำหนักบรรทุกและวิธีการบรรทุก

(๕) จำนวนผู้ประจำรถ

(๖) เส้นทางที่ใช้ในการประกอบการขนส่ง

(๗) อัตราค่าขนส่งและค่าบริการอย่างอื่นในการขนส่ง

(๘) สถานที่หยุดและจอดเพื่อขนถ่ายคน สัตว์ หรือสิ่งของ

(๙) ที่ที่รถจะต้องหยุดในระหว่างเส้นทาง

(๑๐) มาตรฐานบริการในการประกอบการขนส่ง

(๑๑) เวลาและจำนวนเที่ยวของการเดินรถ

(๑๒) เวลาทำงานประจำวันในการประกอบการขนส่ง

(๑๓) สถานที่เก็บ ช่อม และบำรุงรักษา

(๑๔) การประกอบกิจการอื่นนอกจากการประกอบการขนส่งประจำทาง

(๑๕) เงื่อนไขอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางต้องจัดให้มีประกาศเงื่อนไขตาม (๖) (๗) (๘) (๙)

และ (๑๑) ณ ที่ซึ่งอธิบดีกำหนด

^{๔๕} มาตรา ๒๑ ห้ามมิให้ผู้ใดทำการจัดสรรที่ดิน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ

การขออนุญาตและการออกใบอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนด

ในกฎกระทรวง

^{๔๖} กองหลักนิติบัญญัติ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *หลักเกณฑ์การใช้ระบบคณะกรรมการในกฎหมาย*, น. ๔-๕

“คณะกรรมการการที่ดินและถมดิน” ประกอบด้วยอธิบดีกรมโยธาธิการและผังเมืองเป็นประธานกรรมการ)

๔.๑.๓ ผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งได้แก่บุคคลซึ่งนายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง เช่น มาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติกองทุนสนับสนุนการวิจัย พ.ศ. ๒๕๓๕ ให้มีคณะกรรมการนโยบายกองทุนสนับสนุนการวิจัย โดยผู้เป็นประธานกรรมการได้แก่ผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความรู้และประสบการณ์สูงด้านการวิจัยซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง

๔.๒ กรรมการโดยตำแหน่ง การที่กฎหมายกำหนดให้มีกรรมการโดยตำแหน่งที่มาจากส่วนราชการเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการประสานนโยบายของทางราชการเข้ากับการทำงานหรือการตัดสินใจของคณะกรรมการ กรรมการโดยตำแหน่งจึงทำหน้าที่เป็นผู้สื่อสารนโยบายของทางราชการด้วย

๔.๓ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ เป็นกรรมการที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในสาขาที่เกี่ยวข้องกับภารกิจของคณะกรรมการนั้น อนึ่ง ในบางพระราชบัญญัติจะกำหนดให้มีกรรมการที่เป็นผู้แทนมาจากการเลือกตั้งของสมาชิกเป็นกรรมการด้วย

๔.๔ เลขานุการ โดยทั่วไปแล้วกฎหมายจะกำหนดให้เลขานุการเป็นกรรมการโดยตำแหน่งด้วย แต่กฎหมายบางฉบับก็อาจกำหนดให้ทำหน้าที่เป็นเพียงเลขานุการโดยไม่เป็นกรรมการด้วย

อย่างไรก็ตาม ไม่แน่ว่าคณะกรรมการจะมีองค์ประกอบ ๔ ประการเสมอไป อาจมีคณะกรรมการบางคณะที่มีองค์ประกอบแตกต่างออกไป เช่น คณะกรรมการบริหารกองทุนฟื้นฟูและพัฒนาเกษตรกรรมตามตรา ๒๐^{๔๖} แห่งพระราชบัญญัติกองทุนฟื้นฟูและพัฒนาเกษตรกรรม พ.ศ. ๒๕๔๒ ที่กำหนดให้มีคณะกรรมการบริหารกองทุนฟื้นฟูและพัฒนาเกษตรกรรมประกอบด้วยประธานกรรมการและกรรมการซึ่งคณะกรรมการแต่งตั้งมีจำนวนรวมกันเจ็ดคน โดยให้แต่งตั้งจากบุคคลในคณะกรรมการจำนวนสามคนซึ่งในจำนวนนี้จะต้องเป็นผู้แทนเกษตรกรรมจำนวนสองคนและผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญมีผลงานและประสบการณ์ที่เกี่ยวข้องทางสาขาเศรษฐศาสตร์ สาขาการบริหารการเงินหรือการธนาคาร และสาขาเกษตรศาสตร์ สาขาละหนึ่งคนเป็นกรรมการ และให้เลขาธิการเป็นกรรมการและเลขานุการ

๕. ข้อดีและข้อเสียของระบบคณะกรรมการ

๕.๑ ข้อดีของระบบคณะกรรมการ^{๔๗}

(๑) เป็นการคานอำนาจในกรณีที่เห็นว่าเรื่องนั้นเป็นเรื่องที่มีประโยชน์ได้เสียสูง หรือจะมีผลกระทบต่อประชาชนซึ่งไม่ควรให้ผู้ใดเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจในเรื่องนั้นแต่เพียงผู้เดียว

^{๔๖}มาตรา ๒๐ ให้มีคณะกรรมการบริหารกองทุนฟื้นฟูและพัฒนาเกษตรกรรมประกอบด้วย ประธานกรรมการและกรรมการซึ่งคณะกรรมการแต่งตั้งมีจำนวนรวมกันเจ็ดคน โดยให้แต่งตั้งจากบุคคลในคณะกรรมการจำนวนสามคนซึ่งในจำนวนนี้จะต้องเป็นผู้แทนเกษตรกรรมจำนวนสองคน และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญมีผลงานและประสบการณ์ที่เกี่ยวข้องทางสาขาเศรษฐศาสตร์ สาขาการบริหารการเงินหรือการธนาคาร และสาขาเกษตรศาสตร์ สาขาละหนึ่งคนเป็นกรรมการ และให้เลขาธิการเป็นกรรมการและเลขานุการ

ให้คณะกรรมการบริหารเลือกกรรมการด้วยกันเป็นประธานกรรมการและรองประธานกรรมการ

ให้นามตรา ๑๖ มาตรา ๑๗ มาตรา ๑๘ และมาตรา ๑๙ มาใช้บังคับแก่คณะกรรมการบริหารด้วย

โดยอนุโลม

^{๔๗}ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนคานต์, *องค์กรแบบคณะกรรมการ*, วารสารกฎหมายปกครอง, ๒๕๒๖, น. ๕๑-๖๗ และกองหลักนิติบัญญัติ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *หลักเกณฑ์การใช้ระบบคณะกรรมการในกฎหมาย*, น. ๕

แต่ต้องการให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากหลายฝ่าย เนื่องจากการตัดสินใจของบุคคลเพียงคนเดียว อาจมีแนวโน้มของการใช้อำนาจที่เป็นเผด็จการ

(๒) เป็นการระดมความรู้ความสามารถในกรณีเห็นว่าเรื่องนั้นเป็นเรื่องที่จำเป็นต้องอาศัยความรู้หลายหลาย มีลักษณะสหวิทยาการ (Inter-disciplinary) ซึ่งไม่สามารถจะหาได้จากบุคคลคนเดียว ทำให้ได้ทางเลือกในการตัดสินใจมากกว่า เพราะมีความหลากหลายของข้อมูล โดยเฉพาะคณะกรรมการที่มาจากหลายอาชีพและความเชี่ยวชาญหลายสาขา และให้เกิดความรับผิดชอบร่วมกัน (Collective responsibility)

(๓) เป็นการถ่ายทอดข่าวสาร เพื่อทุกฝ่ายที่มีกิจกรรมร่วมกันสามารถที่จะเรียนรู้ในขณะเดียวกันได้ ซึ่งอาจจะเรียกได้ว่าเป็นวิธีการหนึ่งของการสื่อสารในองค์กรก็ได้

(๔) เป็นการประสานงานเพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพและก่อให้เกิดความรวดเร็วในการทำงานในกรณีที่เห็นว่าเรื่องนั้นเป็นเรื่องที่อยู่ในความรับผิดชอบหรือเกี่ยวข้องกับหลายฝ่าย จำเป็นต้องสร้างกลไกในการประสานงานเพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพและรวดเร็วในการทำงาน

(๕) ต้องการให้ตัวแทนจากผู้มีส่วนได้ส่วนเสียอยู่ในการพิจารณาปัญหา ทำให้การตัดสินใจจากกลุ่มมีความเป็นกลางมากขึ้นโดยผ่านทางตัวแทน นอกจากนี้ยังก่อให้เกิดการเชื่อตามและยอมรับคำตัดสินใจที่มีขึ้นนั้น ทั้งนี้ การบริหารองค์กรสมัยใหม่ยอมรับกันว่าเป็นการสร้างบรรยากาศการทำงานเพื่อให้เกิดผลงานสูงสุด ซึ่งจะต้องได้รับความร่วมมือจากกลุ่มที่เกี่ยวข้อง

๕.๒ ข้อเสียของระบบคณะกรรมการ^{๔๓}

(๑) เสียเวลาและค่าใช้จ่ายสูง เนื่องจากการประชุมของคณะกรรมการจะต้องมีการเดินทางมาประชุม มีการอภิปราย และบางครั้งต้องประชุมหลายครั้งกว่าจะได้ข้อมูล ซึ่งใช้เวลานานกว่าการตัดสินใจของบุคคลเพียงคนเดียว และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คณะกรรมการประกอบด้วยกรรมการที่มีตำแหน่งระดับสูงซึ่งกรรมการแต่ละคนต่างมีภารกิจมาก การนัดประชุมก็จะมี ความยากลำบากไม่ทันต่อการแก้ไขปัญหา นอกจากนี้ การจัดประชุมแต่ละครั้งมีค่าใช้จ่ายที่สูงมาก เช่น ค่าเบี้ยประชุม ค่าจัดทำเอกสารประกอบการพิจารณา เป็นต้น

(๒) ในกรณีที่คณะกรรมการประกอบด้วยบุคคลที่มีตำแหน่งระดับสูง ซึ่งบุคคลดังกล่าวมักมีภารกิจมากหรือได้รับการแต่งตั้งให้เป็นกรรมการในหลายคณะ อาจส่งผลให้บุคคลดังกล่าวไม่สามารถมาร่วมประชุมได้ หรืออาจส่งผู้แทนมาประชุมแทนแต่ผู้แทนที่มาประชุมแทนไม่สามารถตัดสินใจแทนได้ หรืออาจมอบหมายผู้แทนแตกต่างกันในการประชุมแต่ละครั้งทำให้ขาดความต่อเนื่องในการพิจารณา

(๓) การตัดสินใจของคณะกรรมการอาจเป็นการตัดสินใจที่เกิดจากการประนีประนอมกันที่จุดต่ำสุดที่มีส่วนร่วมกันได้ (Least common denominator) เนื่องจากองค์ประกอบของคณะกรรมการจะมาจากบุคคลหลายฝ่ายที่มีความเป็นอิสระและมีความเท่าเทียมกัน ดังนั้น ในการตัดสินใจจึงมีความเป็นไปได้สูงที่จะมีความเกรงใจกัน และทำให้เกิดการตัดสินใจอย่างประนีประนอมกันที่จุดต่ำสุดที่มีส่วนร่วมกันได้ ซึ่งเป็นจุดที่ไม่เข้มแข็งเพียงพอเท่ากับการตัดสินใจของบุคคลคนเดียว จนทำให้เกิดการละเลยในการเสนอข้อเท็จจริงหรือเสนอแง่มุมอื่นในการตัดสินใจ

(๔) อาจเกิดการครอบงำโดยกรรมการด้วยตนเองหรือความแตกแยกของคณะกรรมการ โดยในบางกรณีอาจมีกรรมการบางคนที่เป็นผู้ที่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจ

^{๔๓} เรื่องเดียวกัน, น. ๖

ของคณะกรรมการซึ่งจะส่งผลให้กรรมการมีฐานะที่ไม่เท่าเทียมกันจนกลายเป็นมีผู้นำและผู้ตามซึ่งผลของการประชุมก็จะไม่เป็นไปในทางที่ควรจะเป็น หรือในบางกรณีที่คณะกรรมการมีการแตกแยกเป็นกลุ่ม ๆ ก็จะทำให้เกิดการต่อสู้ระหว่างกลุ่มทำให้เกิดสถานการณ์แบบการเมืองซึ่งอาจทำให้ไม่สามารถหาข้อสรุปได้

(๕) ในกรณีเป็นเรื่องที่จำเป็นต้องอาศัยความรู้ในหลายด้านมีลักษณะสหวิทยาการที่ต้องมีการพิจารณาอย่างทั่วถึง จะมีการอภิปรายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวอย่างกว้างขวางโดยปราศจากขอบเขต ในที่สุดจะเกิดความยุ่งยากจนไม่สามารถจะตกลงกันได้ และอาจต้องเลื่อนการพิจารณาออกไปโดยไม่มีข้อสรุปใดเลย

(๖) การกระจายความรับผิดชอบเป็นข้อเสียที่สำคัญของระบบคณะกรรมการ โดยการทำงานในระบบคณะกรรมการเป็นการทำงานที่ประกอบด้วยบุคคลที่มาจากหลายฝ่าย ส่งผลให้บุคคลดังกล่าวยากที่จะรู้สึกว่าคุณมีความรับผิดชอบเช่นเดียวกับกรณีที่คุณได้รับมอบอำนาจนั้นมาโดยตรง ความรับผิดชอบในผลงานจึงไม่ชัดเจนเหมือนการตัดสินใจโดยบุคคลคนเดียว

(๗) ขาดการประเมินผลการปฏิบัติงานของคณะกรรมการ โดยที่ในปัจจุบันยังพบว่ายังไม่มีระบบการประเมินผลการปฏิบัติงานของคณะกรรมการ ซึ่งส่งผลให้ไม่สามารถตรวจสอบประสิทธิผลและความคุ้มค่าในการปฏิบัติงานของคณะกรรมการว่ามีความสำเร็จตามที่มุ่งหมายไว้มากน้อยเพียงใด และเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีการตัดสินใจโดยบุคคลคนเดียวจะมีข้อแตกต่างกันหรือไม่

(๘) การแต่งตั้งกรรมการตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ โดยส่วนใหญ่พบว่าเป็นการแต่งตั้งกรรมการโดยตำแหน่งโดยไม่ได้พิจารณาความรู้ความสามารถของบุคคลดังกล่าว แม้จะมีการแต่งตั้งกรรมการโดยตัวบุคคลอยู่บ้างแต่ก็เป็นสัดส่วนที่น้อยกว่า ซึ่งอาจถือได้ว่าการแต่งตั้งกรรมการส่วนใหญ่ไม่ได้พิจารณาถึงความรู้ความสามารถ แต่เป็นการแต่งตั้งโดยพิจารณาจากลักษณะงานในหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเป็นหลัก

(๙) บางกรณีพบว่ากรรมการที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิมีแนวคิดและข้อเสนอทางทฤษฎีมากเกินไป ซึ่งไม่สามารถนำมาปฏิบัติได้จริง

(๑๐) อาจเกิดเผด็จการของกลุ่มย่อย เนื่องจากคณะกรรมการมีความโน้มเอียงที่จะตัดสินใจหรือมีข้อสรุปโดยการประนีประนอม การที่ฝ่ายข้างน้อยยินยอมให้อยู่ในความเห็นของตนจึงทำให้กรรมการฝ่ายข้างน้อยกลายเป็นผู้อยู่ในฐานะที่เหนือกว่า นอกจากนี้ ในกรณีที่คณะกรรมการต้องมีมติโดยเอกฉันท์ กรรมการเสียงข้างน้อยเพียงคนเดียวก็สามารถควบคุมมติของคณะกรรมการชุดนั้นได้ทั้งหมด การทำงานของคณะกรรมการจึงล้มเหลวเพราะการเผด็จการของกรรมการผู้นั้น

๖. ความพยายามในการจำกัดการใช้ระบบคณะกรรมการในการบริหารราชการแผ่นดิน

แม้ว่าการใช้ระบบคณะกรรมการในการบริหารราชการแผ่นดินจะเป็นประโยชน์ในการบริหารราชการแผ่นดินเพราะเป็นการระดมความรู้ความสามารถจากผู้เชี่ยวชาญในด้านต่าง ๆ เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนได้เสียเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาปัญหา และเป็นการประสานงานระหว่างหน่วยงานในกรณีเป็นเรื่องที่อยู่ในความรับผิดชอบของหลายหน่วยงาน แต่ในหลายประเทศที่ใช้ระบบคณะกรรมการพบว่า ระบบดังกล่าวมีข้อเสียต่อการบริหารราชการแผ่นดินหลายประการ เช่น มีความล่าช้าในการพิจารณาและตัดสินใจ มีค่าใช้จ่ายสูง และขาดผู้รับผิดชอบหลักในการพิจารณา

และตัดสินใจ ในหลายประเทศจึงมีการปฏิรูประบบราชการโดยการลดและจำกัดจำนวนคณะกรรมการในการบริหารราชการแผ่นดิน

ส่วนในประเทศไทยเองก็พบปัญหาในการใช้ระบบคณะกรรมการ เช่น ความซ้ำซ้อนของกรรมการที่เป็นองค์ประกอบของคณะกรรมการ การกำหนดให้คณะกรรมการทำงานประจำซึ่งไม่ใช่เรื่องสำคัญที่จะต้องอาศัยการปรึกษาหารือและเจ้าหน้าที่ที่สามารถตัดสินใจได้เอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ จึงได้กำหนดไว้ในมาตรา ๗๗ ให้นำระบบคณะกรรมการมาใช้ในกฎหมายเท่าที่จำเป็นเท่านั้น

๖.๑ ความพยายามในการจำกัดการใช้ระบบคณะกรรมการในต่างประเทศ

จากการตรวจสอบกฎหมายของต่างประเทศพบว่า มีความพยายามในการลดและจำกัดการใช้ระบบคณะกรรมการในการบริหารราชการแผ่นดินในหลายประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศออสเตรเลีย เป็นต้น

๖.๑.๑ ความพยายามในการลดจำนวนคณะกรรมการในประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสมีความพยายามในการลดจำนวนคณะกรรมการและจำกัดการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นใหม่ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๗ โดยเฉพาะคณะกรรมการที่ทำหน้าที่ให้คำปรึกษา (commission consultative) ซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมาก โดยคู่มือการร่างกฎหมายและกฎหมายลำดับรอง (Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires) ฉบับปรับปรุงเมื่อวันที่ ๒๕ กันยายน ๒๕๕๕ ได้ให้เหตุผลและความจำเป็นในการจำกัดจำนวนของคณะกรรมการดังกล่าวว่า การเพิ่มจำนวนขององค์กรในรูปแบบคณะกรรมการที่ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาแสดงให้เห็นถึงการบริหารงานภาครัฐที่ไม่มีประสิทธิภาพ แม้ว่าจะระบบคณะกรรมการจะมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยสนับสนุนการตัดสินใจและเป็นการรวบรวมผู้แทนจากภาคส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ต้องตัดสินใจเข้าไว้ในที่เดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่รัฐที่เกี่ยวข้อง ผู้ใช้บริการ องค์กรวิชาชีพ และสมาคมต่าง ๆ แต่องค์ประกอบที่หลากหลายของคณะกรรมการก็ส่งผลให้การตัดสินใจในเรื่องนั้นล่าช้าออกไป นอกจากนี้ หากเจ้าหน้าที่รัฐไม่ได้ปรึกษาคณะกรรมการที่มีหน้าที่ให้คำปรึกษาก่อนการตัดสินใจอาจทำให้การตัดสินใจดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย

ด้วยเหตุผลดังกล่าว ประเทศฝรั่งเศสจึงมีความพยายามในการลดจำนวนคณะกรรมการผ่านนโยบายการลดขั้นตอนในการบริหารงานและการปฏิรูปประเทศ โดยมีการตรากฎหมายหลายฉบับเพื่อจำกัดและลดจำนวนคณะกรรมการ ได้แก่

- รัฐกำหนดหมายเลข ๒๐๐๔-๖๓๗ ลงวันที่ ๑ กรกฎาคม ๒๕๔๗ เกี่ยวกับการลดความซับซ้อนขององค์ประกอบและการทำงานของคณะกรรมการในการบริหารราชการ (commissions administratives) และลดจำนวนคณะกรรมการ^{๔๔} รัฐกำหนดฉบับนี้ได้ปรับปรุงคณะกรรมการทั้งในราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาค โดยมีการยกเลิกคณะกรรมการที่ล้าสมัยในราชการส่วนกลาง และแทนที่คณะกรรมการในระดับภูมิภาคที่มีอยู่กว่า ๗๐ ชุด ด้วยคณะกรรมการในระดับจังหวัดที่เรียกว่า “คณะกรรมการกลาง” (commissions pivots) ทำให้จำนวนคณะกรรมการในประเทศลดลงเป็นจำนวนมาก

^{๔๔}Ordonnance n° 2004-637 du 1 juillet 2004 relative à la simplification de la composition et du fonctionnement des commissions administratives et à la réduction de leur nombre.

- รัฐธรรมนูญหมายเลข ๒๐๐๖-๖๗๒ ลงวันที่ ๘ มิถุนายน ๒๕๔๙ เกี่ยวกับการจัดตั้งองค์ประกอบและการทำงานของคณะกรรมการที่ปรึกษา^{๔๔} กำหนดให้การจัดตั้งคณะกรรมการที่ทำหน้าที่ให้คำปรึกษา (commission administrative à caractère consultative) ภายในหน่วยงานของรัฐหรือองค์กรมหาชน (établissements publics) จะต้องทำโดยรัฐสภา และการจัดตั้งคณะกรรมการดังกล่าวต้องมีระยะเวลาที่จำกัดไม่เกิน ๕ ปี เท่านั้น โดยควรระบุวันสิ้นสุดการทำงานของคณะกรรมการไว้ให้ชัดเจนในกฎหมายจัดตั้งด้วย ทั้งนี้ หากพ้นกำหนดเวลา ๕ ปีแล้ว แต่คณะกรรมการดังกล่าวยังมีความจำเป็นอยู่ก็ต้องตรารัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อต่ออายุของคณะกรรมการก่อนครบกำหนดเวลาดังกล่าว นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังกำหนดให้คณะกรรมการทั้งหลายที่จัดตั้งโดยกฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นก่อนวันที่ ๙ มิถุนายน ๒๕๔๙ ถูกยกเลิกโดยอัตโนมัติตั้งแต่วันที่ ๙ มิถุนายน ๒๕๕๒ หากไม่มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่มายืนยันความคงอยู่ของคณะกรรมการเหล่านั้น

ทั้งนี้ ข้อจำกัด ๕ ปี ในความคงอยู่ของคณะกรรมการไม่ใช่บังคับกับคณะกรรมการที่จัดตั้งโดยกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติและคณะกรรมการกลาง (commission pivot) ตามรัฐกำหนดหมายเลข ๒๐๐๔-๖๓๗ ลงวันที่ ๑ กรกฎาคม ๒๕๔๗

อนึ่ง บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ ๘ มิถุนายน ๒๕๔๙ ไม่ใช่บังคับกับองค์กรอิสระ (Autorités administratives indépendantes : AAI) “คณะกรรมการศึกษาชั่วคราว” (Comité temporaires d’études) คณะกรรมการซึ่งประกอบด้วยเจ้าหน้าที่รัฐแต่เพียงอย่างเดียว คณะกรรมการร่วมตามที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยข้าราชการ (le statut général des fonctionnaires) ในกฎหมายว่าด้วยผู้พิพากษา (le statut général de la magistrature) และในกฎหมายว่าด้วยทหาร (le statut général des militaires)

สำหรับคณะกรรมการที่จะจัดตั้งขึ้นใหม่หรือคณะกรรมการที่ต้องการขยายระยะเวลาในการทำหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ ๘ มิถุนายน ๒๕๔๙ จะต้องจัดทำรายงานวิเคราะห์ผลกระทบ (Étude d’impact) และตอบคำถามดังต่อไปนี้เพื่อตรวจสอบว่าภารกิจของคณะกรรมการที่จะจัดตั้งขึ้นใหม่มีความจำเป็นและไม่ซ้ำซ้อนกับภารกิจของคณะกรรมการอื่นที่มีอยู่แล้ว

(๑) มีความจำเป็นหรือไม่ที่จะจัดตั้งองค์กรที่มีลักษณะถาวรเพื่อทำหน้าที่ให้คำปรึกษา

การจัดตั้งคณะกรรมการโดยกฎหมายควรใช้ในกรณีที่ต้องการให้กระบวนการปรึกษาหารือกับคณะกรรมการดังกล่าวเป็นบทบังคับที่จะต้องกระทำก่อนการตัดสินใจเรื่องใดเรื่องหนึ่งซึ่งอันที่จริงแล้วรัฐมนตรีหรือองค์กรภาครัฐทั้งส่วนกลางและส่วนภูมิภาคมีอำนาจในการจัดประชุมเพื่อหารือในประเด็นปัญหาต่าง ๆ โดยเชิญบุคคลที่สามารถให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ในการตัดสินใจเข้าร่วมประชุมได้อยู่แล้ว หรืออาจจะจัดตั้งคณะทำงานที่ประกอบด้วยผู้แทนของกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่จะต้องตัดสินใจได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายเพื่อการนั้น (CE, 1er juin 1984, Confédération nationale des groupes autonomes de de l’enseignement public)

(๒) มีองค์กรที่ทำหน้าที่ดังกล่าวอยู่แล้วหรือไม่ หรือสามารถปรับปรุงอำนาจหน้าที่ องค์ประกอบ หรือการบริหารงานขององค์กรที่มีอยู่ให้ตอบรับกับความต้องการที่เพิ่มขึ้นได้หรือไม่

^{๔๔} Décret n°2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif

๖.๑.๒ ความพยายามในการจำกัดจำนวนคณะกรรมการในประเทศออสเตรเลีย^{๕๖}

ในประเทศออสเตรเลียมีความพยายามในการจำกัดและลดจำนวนคณะกรรมการในการบริหารราชการแผ่นดินทั้งในระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐ ดังนี้

๖.๑.๒.๑ การจำกัดจำนวนคณะกรรมการในระดับสหพันธรัฐ

ในระดับสหพันธรัฐได้มีการจัดทำรายงาน Towards Responsible Government โดย National Commission of Audit ในเดือนมีนาคม ๒๕๕๗ ซึ่งในรายงานดังกล่าวมีข้อเสนอ^{๕๗} (ข้อ ๙.๓) ให้กระทรวงต่าง ๆ พิจารณาทบทวนเพื่อลดจำนวนคณะกรรมการ ซึ่งในปัจจุบันมีจำนวนมากถึง ๗๐๐ ชุด โดยหน่วยงานอาจพิจารณาปัจจัยต่อไปนี้เพื่อประกอบการตัดสินใจว่าจะยุบเลิกหรือคงไว้ซึ่งคณะกรรมการในส่วนงานของตน

(๑) ควรมีการยุบรวมคณะกรรมการซึ่งอยู่ในกระบวนการเดียวกันให้เหลือเพียงชุดเดียว

(๒) หากเป็นไปได้ควรรวมคณะอนุกรรมการเข้ากับคณะกรรมการหลัก

(๓) ควรยุบเลิกคณะกรรมการหากอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการไม่มีความจำเป็นอีกต่อไปแล้ว หรืออำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าวสามารถให้ภาคเอกชนหรือองค์กรไม่แสวงหาผลกำไรดำเนินการแทนได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีประสิทธิผลมากกว่า หรืออำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าวเป็นอำนาจหน้าที่ที่อยู่นอกเหนืออำนาจหน้าที่หลักของรัฐ หรือคณะกรรมการดังกล่าวมีองค์ประกอบซึ่งแต่งตั้งมาจากองค์กรอื่นเพียงอย่างเดียว

ในการนี้ National Commission of Audit จึงเสนอแนะให้ทุกหน่วยงานพิจารณาทบทวนบทบาทและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการที่อยู่ในสังกัดของตนเพื่อลดจำนวนคณะกรรมการที่มีอยู่มากถึง ๗๐๐ ชุด

๖.๑.๒.๒ การจำกัดจำนวนคณะกรรมการในระดับมลรัฐ

ในบางมลรัฐมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดตั้งคณะกรรมการไว้ เช่น ในมลรัฐ New South Wales และ South Australia

(๑) มลรัฐ New South Wales

ในมลรัฐ New South Wales มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นใหม่ใน NSW Government Board and Committees Guidelines^{๕๘} ซึ่งจัดทำโดย Department of Premier and Cabinet ในเดือนกันยายน พ.ศ. ๒๕๕๘ โดยข้อ ๒ ของเอกสารดังกล่าวกำหนดว่าการจัดตั้งคณะกรรมการในโครงสร้างการบริหารงานของหน่วยงานรัฐจะเป็นประโยชน์ในกรณีที่หน่วยงานนั้นมีอำนาจมาก มีความเสี่ยงทางการเงินและด้านการบริหารจัดการสูง หรือต้องการความอิสระจากองค์กรหรือเจ้าหน้าที่อื่น โดยปัจจัยในการพิจารณาเพื่อจัดตั้งคณะกรรมการมีดังต่อไปนี้

^{๕๖} กัญภัทร รัตวิลาส, หลักเกณฑ์การจัดตั้งคณะกรรมการในประเทศออสเตรเลีย, เอกสารประกอบการสัมมนา “หลักเกณฑ์การใช้ระบบคณะกรรมการในกฎหมาย”, น.๑-๓

^{๕๗} รายละเอียดเอกสารฉบับเต็มสามารถเข้าดูได้ที่ <http://www.ncoa.gov.au/report/phase-one/part-b/9-3-boards-committees-councils.html>

^{๕๘} รายละเอียดเอกสารฉบับเต็มสามารถเข้าดูได้ที่ http://arp.nsw.gov.au/sites/default/files/NSW_Government_Boards_and_Committee_Guidelines_-_Updated_September_2015.pdf

- คณะกรรมการมีความจำเป็นหรือไม่
- คณะกรรมการประเภทใดมีความเหมาะสมกับการกิจ (Governing board, advisory board หรือ advisory committee)
- วัตถุประสงค์ หน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการ
- จำนวนกรรมการและองค์ประชุม
- การตัดสินใจของคณะกรรมการใช้มติแบบใด (เสียงข้างมากหรือเสียงข้างมากแบบเด็ดขาด)

- บทบาทและความรับผิดชอบของกรรมการและประธานกรรมการ
- ทักษะและความเชี่ยวชาญที่จำเป็นในการเป็นกรรมการ
- ขั้นตอนการแต่งตั้งและการคัดเลือกกรรมการ และผู้มีอำนาจแต่งตั้งกรรมการ

- วาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการ
- กรรมการจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ หากมีจะใช้งบประมาณจากแหล่งใด
- ภารกิจของคณะกรรมการมีกำหนดระยะเวลาหรือไม่
- ความถี่ในการจัดการประชุมของคณะกรรมการ
- คณะกรรมการจะต้องจัดทำรายงานเสนอต่อผู้ใดหรือไม่ รายงานดังกล่าวเป็นประเภทใด และมีเนื้อหาสาระเช่นใด

- กลไกการทำงานของคณะกรรมการ
- ฝ่ายเลขานุการของคณะกรรมการจะเป็นใครและใครจะเป็นผู้สนับสนุนงบประมาณ

- การเตรียมการในการยุบเลิกคณะกรรมการ

(๒) มลรัฐ South Australia

สำหรับมลรัฐ South Australia มีการกำหนดแนวทางในการจัดตั้งคณะกรรมการไว้ในหนังสือเวียน (circular) เรื่อง Establishment and governance requirements for government boards and committees^{๔๔} ซึ่งจัดทำโดย Department of the Premier and Cabinet เมื่อเดือนตุลาคม ๒๕๕๗ โดยเอกสารดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการแพร่หลายของคณะกรรมการในการบริหารราชการของรัฐบาลมลรัฐ South Australia และเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นใหม่เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดโครงสร้างของคณะกรรมการและเพื่อเป็นหลักประกันให้มีการทบทวนความจำเป็นของคณะกรรมการอยู่เสมอ

นโยบายการปฏิรูปคณะกรรมการในรัฐบาล South Australia เกิดขึ้นในปี พ.ศ. ๒๕๕๗ ซึ่งจากหนังสือเวียนของ South Australia พบว่าคณะกรรมการเป็นกลไกการรับฟังความคิดเห็นและข้อมูลจากชุมชนเพื่อประกอบการตัดสินใจของรัฐบาลที่เป็นที่นิยมมาเป็นเวลานาน แต่ปัจจุบันมีวิธีการรับฟังความคิดเห็นวิธีอื่น และกลไกคณะกรรมการก็มีปัญหาในเรื่องความไม่แน่นอนของความรับผิดชอบซึ่งส่งผลกระทบต่อการบริหารจัดการรัฐ ในปี พ.ศ. ๒๕๕๗ ผู้ว่าราชการรัฐจึงได้มีนโยบายปฏิรูปคณะกรรมการในรัฐบาลเพื่อยุบเลิกคณะกรรมการที่ไม่จำเป็นและปฏิรูป

^{๔๔}รายละเอียดเอกสารฉบับเต็มสามารถเข้าถึงได้ที่ <http://dpc.sa.gov.au/documents/rendition/B17572>

คณะกรรมการที่มีอยู่ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นโดยการลดความซ้ำซ้อน และเพิ่มความรับผิดชอบ (accountability) ของคณะกรรมการ ซึ่งส่วนหนึ่งคือการออกหลักเกณฑ์ในการจัดตั้งคณะกรรมการใหม่ด้วย ก่อนการจัดตั้งคณะกรรมการไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม มีข้อพิจารณาในเบื้องต้นดังต่อไปนี้

(๒.๑) การมีส่วนร่วมจากชุมชน (Community engagement) เป็นวิธีการรับฟังความเห็นเพื่อใช้เป็นข้อมูลประกอบการตัดสินใจของรัฐที่เหมาะสมกว่าการใช้คณะกรรมการหรือไม่ แม้ที่ผ่านมา การตั้งคณะกรรมการแนะนำ (advisory boards) หรือคณะกรรมการที่ปรึกษา (consultative committees) จะสามารถให้ข้อมูลเพื่อช่วยรัฐบาลในการตัดสินใจได้ แต่ปัจจุบันก็มีวิธีการอื่นในการให้ชุมชนมีส่วนร่วม เช่น สื่อสังคม (Social media) และการจัดประชุมในชุมชน การจัดประชุมเชิงปฏิบัติการ (workshop) หรือการสำรวจความคิดเห็น (Survey) ซึ่งวิธีการเหล่านี้ช่วยให้สามารถเข้าถึงผู้มีส่วนได้เสียและกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ ได้ทั่วถึงกว่า ช่วยให้รัฐบาลสามารถเข้าถึงมุมมองและทางแก้ปัญหาที่หลากหลายกว่าที่คณะกรรมการจะสามารถให้ได้

(๒.๒) กระทรวงสามารถทำหน้าที่นั้นเองได้ดีกว่าการจัดตั้งหน่วยงานเพิ่มหรือไม่ การให้กระทรวงทำหน้าที่เองมีข้อดีหลายประการ โดยเฉพาะในเรื่องของความรับผิดชอบ (Accountability) นอกจากนี้ โครงสร้างของส่วนราชการยังมีความยืดหยุ่นมากกว่าหน่วยงานที่จัดตั้งตามกฎหมาย เนื่องจากฝ่ายบริหารมีดุลพินิจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงภาระหน้าที่ของส่วนราชการให้เหมาะสมกับความต้องการได้เอง

(๒.๓) การชั่งน้ำหนักว่าควรให้กระทรวงทำหน้าที่เองหรือควรตั้งคณะกรรมการโดยใช้ Threshold Test ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

- จำเป็นต้องทำหน้าที่นั้นหรือไม่
- หากจำเป็น รัฐควรเป็นผู้ทำหน้าที่นั้นหรือไม่
- หากรัฐควรทำ มีเหตุผลใดที่กระทรวงหรือหน่วยงานที่มีอยู่

แล้วไม่ควรหรือไม่สามารถทำหน้าที่นั้นได้ ตัวอย่างสาเหตุที่ควรพิจารณาตั้งหน่วยงานใหม่ เช่น หน้าที่นั้นเป็นหน้าที่กำกับดูแลและการตัดสินใจของหน่วยงานดังกล่าวมีผลผูกพันรัฐบาล หน้าที่นั้นเป็นหน้าที่เชิงพาณิชย์และจำเป็นต้องมีโครงสร้างบริษัท หน้าที่นั้นต้องได้รับความเชื่อมั่นจากประชาชนว่าคำแนะนำ ข้อเสนอแนะ ข้อเท็จจริง หรือสถิติต่าง ๆ ของหน่วยงานนั้นต้องเป็นอิสระและเป็นกลางทางการเมือง

(๒.๔) หากการจัดตั้งหน่วยงานใหม่เหมาะสมกว่าการให้กระทรวงทำหน้าที่เอง รูปแบบของหน่วยงานแบบใดจะเหมาะสมต่อการทำหน้าที่นั้น เช่น หน่วยงานอิสระของรัฐที่มีสภาพนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายเฉพาะ (statutory authorities) รัฐวิสาหกิจ (public corporations) และหน่วยงานให้คำแนะนำ (advisory bodies)

(๒.๕) เมื่อเลือกรูปแบบหน่วยงานแล้ว โครงสร้างหน่วยงานนั้น จำเป็นต้องมีคณะกรรมการหรือไม่ เช่น การใช้อำนาจหน้าที่ของหน่วยงานนั้นจำเป็นต้องเป็นไปโดยอิสระหรือไม่ (คณะกรรมการสามารถคุ้มครองและสนับสนุนความเป็นอิสระของหน่วยงานได้) รัฐมนตรีหรือกระทรวงที่รับผิดชอบในเรื่องนั้นจำเป็นต้องได้รับรายงานโดยตรงจากฝ่ายบริหารของหน่วยงานหรือไม่ หรือจำเป็นต้องใช้ความเชี่ยวชาญเฉพาะหรือการตัดสินใจของผู้เชี่ยวชาญ และมุมมองหรือประสบการณ์ที่หลากหลาย ซึ่งการมีส่วนร่วมของชุมชนไม่สามารถจัดให้ได้หรือไม่

ตัวอย่าง Checklist หลักเกณฑ์ในการจัดตั้งคณะกรรมการของมลรัฐ South Australia^{๖๐}

APPENDIX 1: BUSINESS CASE TO ESTABLISH A NEW BOARD

THIS FORM MUST BE ATTACHED TO THE CABINET SUBMISSION

Proposed name of new entity			
Brief description of role			
Minister			
Department (if applicable)			

THRESHOLD TEST	Q1	Does the function need to be undertaken?	YES NO	
	insert explanation			
	Q2	Should the SA Government undertake the function?	YES NO	
	insert explanation			
	Q3	Is there any compelling reason why a department or existing body cannot, or should not, undertake the proposed function?	YES NO	
Insert explanation				
STRUCTURAL FRAMEWORK	insert explanation of choice of structural framework			
BOARD TEST	Insert explanation of why a board is required			
APPROVALS	(signature) CHIEF EXECUTIVE Date:		(signature) MINISTER Date:	

^{๖๐}เอกสารฉบับเต็มสามารถเข้าดูได้ที่ <http://dpcsa.gov.au/documents/rendition/B17572>, หน้า ๑๕

๗. ความพยายามในการลดและจำกัดจำนวนคณะกรรมการในประเทศไทย

หลังเกิดเหตุการณ์เรียกร้องประชาธิปไตยในประเทศไทยในปี พ.ศ. ๒๕๑๖ และปี พ.ศ. ๒๕๑๙ ประชาชนเกิดความไม่ไว้วางใจในการบริหารราชการของบุคคลคนเดียว ทำให้ระบบคณะกรรมการมีความแพร่หลายมากยิ่งขึ้น โดยในช่วงก่อนปี พ.ศ. ๒๕๒๐ มีคณะกรรมการตามกฎหมายเพียง ๙๕ คณะเท่านั้น แต่ในปี ๒๕๔๖ มีคณะกรรมการตามกฎหมายเพิ่มขึ้นถึง ๒๕๐ คณะ รวมเป็น ๓๔๕ คณะ^{๖๓} จนในปัจจุบัน พบว่า มีคณะกรรมการรวมทั้งสิ้น ๖๕๐ คณะโดยแบ่งเป็น^{๖๔}

- คณะกรรมการตามรัฐธรรมนูญ จำนวน ๑๓ คณะ
- คณะกรรมการตามพระราชบัญญัติ จำนวน ๓๑๙ คณะ
- คณะกรรมการในระดับเขต จังหวัด อำเภอ หมู่บ้าน จำนวน ๓๕ คณะ
- คณะกรรมการตามมติคณะรัฐมนตรี จำนวน ๒๓๙ คณะ^{๖๕}
- คณะกรรมการตามประกาศหรือคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ และคำสั่ง

หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ จำนวน ๔๔ คณะ

๗.๑ สภาพปัญหาของระบบคณะกรรมการในประเทศไทย

จากข้อมูลของคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศพบว่าการนำระบบคณะกรรมการมาใช้ในประเทศไทยไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพตามเจตนารมณ์ของการตั้งคณะกรรมการ ทั้งยังก่อให้เกิดความล่าช้าในการบริการประชาชนด้วยซึ่งความไม่มีประสิทธิภาพและความล่าช้าดังกล่าวนี้เนื่องจากสาเหตุ ๕ ประการ คือ^{๖๔}

๗.๑.๑ ความซ้ำซ้อนของกรรมการที่เป็นองค์ประกอบของคณะกรรมการ

การกำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการตามกฎหมายนั้น ต้องคำนึงถึงความรู้ประสบการณ์ ความรับผิดชอบ และความสามารถในการตัดสินใจที่เหมาะสมกฎหมายจึงกำหนดให้ข้าราชการประจำผู้มีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการเป็นกรรมการโดยตำแหน่งในคณะกรรมการนั้นด้วย อย่างไรก็ตาม การมีคณะกรรมการจำนวนมากทำให้องค์ประกอบของคณะกรรมการต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรรมการโดยตำแหน่งซ้ำซ้อนมาก โดยปรากฏว่า มีบางตำแหน่งที่กฎหมายกำหนดให้เป็นกรรมการเป็นจำนวนมาก เช่น ปลัดกระทรวงมหาดไทย ปลัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ผู้อำนวยการสำนักงานงบประมาณ เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เลขาธิการ ก.พ. เป็นต้น

ความซ้ำซ้อนของกรรมการที่เป็นองค์ประกอบของคณะกรรมการทำให้กรรมการดังกล่าวไม่สามารถเข้าร่วมประชุมได้ โดยอาจส่งหรือไม่ส่งผู้แทนเข้าร่วมประชุมแทน ซึ่งไม่ว่าจะเป็นกรณีใดก็ทำให้วัตถุประสงค์ในการตั้งกรรมการโดยตำแหน่งไม่บรรลุผล กล่าวคือการที่กรรมการโดยตำแหน่งจะสามารถมอบหมายให้ผู้ได้บังคับบัญชาไปร่วมประชุมแทนตน ซึ่งสามารถแก้ไขปัญหาเรื่ององค์ประชุมของคณะกรรมการได้ แต่อาจก่อให้เกิดปัญหาด้านความต่อเนื่อง

^{๖๓} อ่างแล้ว, เชิงอรรถที่ ๓๘, น. ๔

^{๖๔} จำนวนคณะกรรมการดังกล่าวไม่รวมคณะกรรมการรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ คณะกรรมการวิชาชีพตามกฎหมายควบคุมการประกอบวิชาชีพ และสภามหาวิทยาลัยตามกฎหมายจัดตั้งมหาวิทยาลัย โดยข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูล ณ เดือนกรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๖๐

^{๖๕} ข้อมูล ณ วันที่ ๒๕ กรกฎาคม ๒๕๖๐

^{๖๖} อ่างแล้ว, เชิงอรรถที่ ๓๘, น. ๔-๑๔

ของการประชุมหากมีการเปลี่ยนตัวผู้แทนบ่อย และผู้เข้าร่วมประชุมแทนก็มักไม่กล้าแสดงความคิดเห็นที่มีผลผูกพันหน่วยงาน นอกจากนี้ การมอบหมายให้เข้าร่วมประชุมแทนยังมีการมอบหมายจนถึงเจ้าหน้าที่ระดับล่าง ซึ่งขาดความรู้ความชำนาญอย่างลึกซึ้งและไม่สามารถตัดสินใจแทนหน่วยงานได้ การประชุมเรื่องต่าง ๆ จึงไม่สามารถเสร็จสิ้นได้ในการประชุมเพียงครั้งเดียว

นอกจากนี้ หน่วยงานที่มีผู้แทนอยู่ในคณะกรรมการมักเสี่ยงที่จะปฏิบัติตามมติของคณะกรรมการ หากมตินั้นไม่ตรงความต้องการหรือแนวปฏิบัติที่หน่วยงานนั้นถือปฏิบัติมาแต่เดิม มติของคณะกรรมการส่วนใหญ่จึงไม่มีผลในทางปฏิบัติอย่างจริงจัง และทำให้การใช้ระบบคณะกรรมการเพื่อสร้างการประสานงานระหว่างหน่วยงานไม่สามารถปฏิบัติไปได้ในทางปฏิบัติ

๗.๑.๒ การกำหนดให้คณะกรรมการทำงานที่เป็นงานบริหาร

ระบบคณะกรรมการจึงเหมาะสมกับงานที่ต้องการการปรึกษาหารือ ซึ่งได้แก่ การกำหนดนโยบายหรือแนวทางในการดำเนินงาน การกำกับดูแล ควบคุม หรือติดตามการดำเนินงาน และการให้คำปรึกษาแนะนำ เพราะจะทำให้การตัดสินใจมีความละเอียดรอบคอบมากยิ่งขึ้น แต่ในปัจจุบันมีการกำหนดให้คณะกรรมการมีหน้าที่ในการบริหาร เช่น การอนุมัติ การอนุญาต มากยิ่งขึ้น ซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการนำระบบคณะกรรมการมาใช้ในการบริหารราชการ เพราะทำให้เกิดความล่าช้า เนื่องจากการทำงานในรูปแบบคณะกรรมการมีขั้นตอนในการดำเนินงานมาก ในขณะที่การอนุมัติ อนุญาต มีลักษณะเป็นงานประจำ หรืองานซึ่งเจ้าหน้าที่สามารถตัดสินใจดำเนินการได้เองภายใต้ระเบียบและกฎเกณฑ์โดยมีผู้รับผิดชอบตามลำดับชั้นของการบริหาร ไม่ใช่เรื่องสำคัญที่จำเป็นต้องอาศัยการปรึกษาหารือ เช่น

- คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง ตามมาตรา ๓๑^{๖๕} แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ ในการให้ความเห็นชอบการกำหนดเงื่อนไขในใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางเกี่ยวกับจำนวนรถที่ต้องใช้ในการประกอบการ ลักษณะ ชนิด ขนาด สี และเครื่องหมายของผู้ประกอบการ หรือสถานที่หยุดรถเพื่อขนถ่ายผู้โดยสาร

- คณะกรรมการช่างรังวัดเอกชนตามมาตรา ๗^{๖๖} แห่งพระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ. ๒๕๓๕ ในการออกใบอนุญาตเป็นช่างรังวัดเอกชนและใบอนุญาตจัดตั้งสำนักงานช่างรังวัดเอกชน

- คณะกรรมการพิจารณาการประกอบกิจการโรงแรมรสพ ตามมาตรา ๓๙ เบญจ^{๖๗} แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ในการออกใบอนุญาต เพิกถอนใบอนุญาต ต่ออายุใบอนุญาต โอนใบอนุญาต และออกใบแทนใบอนุญาตเพื่อประกอบกิจการโรงแรมรสพ

^{๖๕}อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ ๔๘

^{๖๖}มาตรา ๗ ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(๑) กำหนดคุณวุฒิ คุณสมบัติ และพื้นความรู้ของผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นช่างรังวัดเอกชน

(๒) ออกใบอนุญาตให้เป็นช่างรังวัดเอกชน

(๓) ออกใบอนุญาตให้จัดตั้งสำนักงานช่างรังวัดเอกชน

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๖๗}มาตรา ๓๙ เบญจ ห้ามมิให้เจ้าของอาคารหรือผู้ครอบครองอาคารใช้หรือยินยอมให้ผู้ใดใช้อาคารหรือส่วนใดของอาคารเป็นโรงแรมรสพ เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตให้ใช้อาคารเพื่อประกอบกิจการโรงแรมรสพจากคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาตามวรรคสอง แล้วแต่กรณี

(มีต่อหน้าถัดไป)

- คณะกรรมการควบคุมโรงรับจำนำ มาตรา ๖^{๕๕} แห่งพระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. ๒๕๐๕ ในการอนุญาตตั้งโรงรับจำนำ หรือหน้าที่ตามมาตรา ๑๔^{๕๖} ในการอนุญาตให้ย้ายโรงรับจำนำ

๗.๑.๓ มีขั้นตอนการทำงานมากและมีค่าใช้จ่ายสูง

การทำงานในระบบคณะกรรมการมีขั้นตอนการดำเนินการค่อนข้างมาก โดยฝ่ายเลขานุการฯ ต้องเตรียมการประชุม จากนั้นจึงประสานกับกรรมการแต่ละคนเพื่อกำหนดวันประชุม หากองค์ประกอบของคณะกรรมการมีความเข้าช้อนกันมากก็จะทำให้การนัดประชุมทำได้ยากขึ้นอีก นอกจากนี้ โอกาสที่จะประชุมแล้วได้ข้อสรุปในการประชุมเพียงครั้งเดียวเป็นไปได้น้อย ทำให้สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายในการประชุม ทั้งในรูปแบบของเบี้ยประชุม ค่าใช้จ่ายในการประชุมและค่าจัดทำเอกสารการประชุม

๗.๑.๔ พฤติกรรมเฉพาะของสังคมไทย (ความเกรงใจ)

การประชุมส่วนใหญ่กรรมการมักจะไม่ค่อยแสดงความคิดเห็น อันเป็นผลมาจาก “ความเกรงใจ” ซึ่งเป็นพฤติกรรมสังคม (Social behavior) เฉพาะของคนไทยที่มีอาวุโส

น้อยไม่กล้าแสดงความคิดเห็นกับผู้ที่มีอาวุโสกว่า และจากการที่กรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งไม่มีความรู้ความชำนาญอย่างแท้จริง การประชุมจึงขาดการมีส่วนร่วม

(ต่อจากเชิงอรรถที่แล้ว)

ให้มีคณะกรรมการพิจารณาการประกอบกิจการโรงมหรสพมีอำนาจพิจารณาออกใบอนุญาตเพิกถอนใบอนุญาต ต่ออายุใบอนุญาต โอนใบอนุญาต และออกใบแทนใบอนุญาตประกอบกิจการโรงมหรสพดังต่อไปนี้

(๑) ในเขตกรุงเทพมหานคร ประกอบด้วยอธิบดีกรมโยธาธิการและผังเมืองเป็นประธานกรรมการ ผู้แทนกรุงเทพมหานคร ผู้แทนกรมอนามัย กระทรวงสาธารณสุข ผู้แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติเป็นกรรมการและให้ผู้อำนวยการกองควบคุมการก่อสร้าง กรมโยธาธิการและผังเมืองเป็นกรรมการและเลขานุการ

(๒) ในเขตจังหวัดอื่น ประกอบด้วยผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นประธานกรรมการ เจ้าพนักงานท้องถิ่นแห่งท้องที่ที่เกี่ยวข้อง สาธารณสุขจังหวัด หัวหน้าตำรวจภูธรจังหวัดเป็นกรรมการ และให้โยธาธิการและผังเมืองจังหวัดเป็นกรรมการและเลขานุการ

ในการวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมให้ถือเสียงข้างมาก และให้ประธานคณะกรรมการพิจารณาการประกอบกิจการโรงมหรสพตามวรรคสองแล้ว แต่กรณีเป็นผู้มีอำนาจลงนามออกใบอนุญาตเพิกถอนใบอนุญาต ต่ออายุใบอนุญาต โอนใบอนุญาต และออกใบแทนใบอนุญาตตามวรรคสอง

ประเภทของโรงมหรสพ ระบบความปลอดภัยและการป้องกันภัยอันตรายอันอาจเกิดขึ้นกับคนดู และจำนวนและระยะห่างของสิ่งของหรือส่วนต่าง ๆ ภายในและภายนอกอาคารที่ใช้เป็นโรงมหรสพ เช่น ห้องฉายทางเข้าออก ประตู ที่นั่งคนดู ทางเดิน เป็นต้น ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

“มาตรา ๖ คณะกรรมการควบคุมโรงรับจำนำมีอำนาจและหน้าที่ดังต่อไปนี้

(๑) กำหนดท้องที่ที่จะอนุญาตให้ตั้งโรงรับจำนำ

(๒) กำหนดจำนวนโรงรับจำนำในท้องที่ที่เห็นสมควร

(๓) พิจารณาคำขออนุญาตตั้งโรงรับจำนำหรือคำขอย้ายสถานที่ตั้งโรงรับจำนำ

(๔) ดำเนินการอย่างอื่นตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้

การกำหนดตาม (๑) และ (๒) ให้ประกาศ ณ ศาลากลางจังหวัดท้องที่

“มาตรา ๑๔ ห้ามมิให้ผู้รับจำนำย้ายสถานที่ตั้งโรงรับจำนำเว้นแต่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการควบคุมโรงรับจำนำ การขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

(Participation) และการระดมความคิดเห็น (Brainstorm) ผลการประชุมจึงมักเป็นไปตามความเห็นหรือข้อเสนอแนะของประธานกรรมการหรือเลขานุการฯ

๗.๑.๕ ประสิทธิภาพของฝ่ายเลขานุการ

การทำงานในระบบคณะกรรมการต้องอาศัยข้อมูลและข้อเสนอของฝ่ายเลขานุการเป็นหลักในการพิจารณา หากฝ่ายเลขานุการศึกษาเรื่องที่ประชุมมาเป็นอย่างดีเตรียมข้อมูลประกอบการพิจารณาครบถ้วน การประชุมย่อมสามารถดำเนินไปได้อย่างราบรื่นและรวดเร็ว แต่หากฝ่ายเลขานุการไม่มีความรู้หรือไม่เอาใจใส่เรื่องที่ประชุม หรือไม่เตรียมข้อมูลมาเป็นอย่างดี ก็จะทำให้การทำงานของคณะกรรมการล่าช้า ทั้งยังเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้กรรมการเกิดความเบื่อหน่ายและไม่เข้าประชุม

๗.๒ การปฏิรูประบบคณะกรรมการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐^{๗๐}

สืบเนื่องจากปัญหาของระบบคณะกรรมการตามที่กล่าวมาข้างต้นทำให้คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ได้บัญญัติหลักการในการใช้ระบบคณะกรรมการในกฎหมายไว้ในมาตรา ๗๗^{๗๑} และในมาตรา ๒๕๘^{๗๒} ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งมีหลักการสำคัญในการให้ใช้ระบบคณะกรรมการเท่าที่จำเป็น โดยคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๔ เมษายน ๒๕๖๐ เรื่อง แนวทางการจัดทำและการเสนอร่างกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยสาระสำคัญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับระบบคณะกรรมการ มีดังนี้

^{๗๐}อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ ๕๐, น. ๑๑ - ๑๓

^{๗๑}มาตรา ๗๗ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกกรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เหมาะสม พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

^{๗๒}มาตรา ๒๕๘ ให้ดำเนินการปฏิรูปประเทศอย่างน้อยในด้านต่าง ๆ ให้เกิดผล ดังต่อไปนี้

๑. ๒. ๓. ๔. ๕. ๖. ๗. ๘. ๙. ๑๐. ๑๑. ๑๒. ๑๓. ๑๔. ๑๕. ๑๖. ๑๗. ๑๘. ๑๙. ๒๐. ๒๑. ๒๒. ๒๓. ๒๔. ๒๕. ๒๖. ๒๗. ๒๘. ๒๙. ๓๐. ๓๑. ๓๒. ๓๓. ๓๔. ๓๕. ๓๖. ๓๗. ๓๘. ๓๙. ๔๐. ๔๑. ๔๒. ๔๓. ๔๔. ๔๕. ๔๖. ๔๗. ๔๘. ๔๙. ๕๐.

๑. ๒. ๓. ๔. ๕. ๖. ๗. ๘. ๙. ๑๐. ๑๑. ๑๒. ๑๓. ๑๔. ๑๕. ๑๖. ๑๗. ๑๘. ๑๙. ๒๐. ๒๑. ๒๒. ๒๓. ๒๔. ๒๕. ๒๖. ๒๗. ๒๘. ๒๙. ๓๐. ๓๑. ๓๒. ๓๓. ๓๔. ๓๕. ๓๖. ๓๗. ๓๘. ๓๙. ๔๐. ๔๑. ๔๒. ๔๓. ๔๔. ๔๕. ๔๖. ๔๗. ๔๘. ๔๙. ๕๐.

ค. ด้านกฎหมาย

(๑) มีกลไกให้ดำเนินการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ให้สอดคล้องกับหลักการตามมาตรา ๗๗ และพัฒนาให้สอดคล้องกับหลักสากล โดยให้มีการใช้ระบบอนุญาตและระบบการดำเนินการโดยคณะกรรมการเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้การทำงานเกิดความคล่องตัวโดยมีผู้รับผิดชอบที่ชัดเจน และไม่สร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น เพิ่มความสามารถในการแข่งขันของประเทศ และป้องกันการทุจริตและประพฤติมิชอบ

(๒) ปฏิรูประบบการเรียนรู้และการศึกษาอบรมวิชากฎหมายเพื่อพัฒนาผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายให้เป็นผู้มีความรอบรู้ มีนิติทัศนะ และยึดมั่นในคุณธรรมและจริยธรรมของนักกฎหมาย

(๓) พัฒนาระบบฐานข้อมูลกฎหมายของรัฐโดยใช้เทคโนโลยีต่าง ๆ เพื่อให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูลกฎหมายได้สะดวก และสามารถเข้าใจเนื้อหาของกฎหมายได้ง่าย

(๔) จัดให้มีกลไกช่วยเหลือประชาชนในการจัดทำและเสนอร่างกฎหมาย

๑. ๒. ๓. ๔. ๕. ๖. ๗. ๘. ๙. ๑๐. ๑๑. ๑๒. ๑๓. ๑๔. ๑๕. ๑๖. ๑๗. ๑๘. ๑๙. ๒๐. ๒๑. ๒๒. ๒๓. ๒๔. ๒๕. ๒๖. ๒๗. ๒๘. ๒๙. ๓๐. ๓๑. ๓๒. ๓๓. ๓๔. ๓๕. ๓๖. ๓๗. ๓๘. ๓๙. ๔๐. ๔๑. ๔๒. ๔๓. ๔๔. ๔๕. ๔๖. ๔๗. ๔๘. ๔๙. ๕๐.

๑. ๒. ๓. ๔. ๕. ๖. ๗. ๘. ๙. ๑๐. ๑๑. ๑๒. ๑๓. ๑๔. ๑๕. ๑๖. ๑๗. ๑๘. ๑๙. ๒๐. ๒๑. ๒๒. ๒๓. ๒๔. ๒๕. ๒๖. ๒๗. ๒๘. ๒๙. ๓๐. ๓๑. ๓๒. ๓๓. ๓๔. ๓๕. ๓๖. ๓๗. ๓๘. ๓๙. ๔๐. ๔๑. ๔๒. ๔๓. ๔๔. ๔๕. ๔๖. ๔๗. ๔๘. ๔๙. ๕๐.

(๑) การร่างกฎหมายเพื่อให้มีระบบคณะกรรมการ ให้กระทำได้เพียงเท่าที่จำเป็น กรณีจำเป็นเช่นนั้น เช่น การกำหนดให้มีคณะกรรมการขึ้นเพื่อทำหน้าที่

- วางกฎเกณฑ์ในการกำกับควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจ
- วินิจฉัยชี้ขาด
- ให้คำปรึกษาทางเทคนิคหรือเป็นเรื่องซึ่งต้องการความรู้ความเชี่ยวชาญ

เฉพาะด้านประกอบการตัดสินใจของผู้มีหน้าที่และอำนาจตามกฎหมาย

- พิจารณาหาข้อยุติที่ได้รับการยอมรับร่วมกัน โดยมีตัวแทนจากภาคส่วนต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง

(๒) ในกรณีที่ต้องมีระบบคณะกรรมการ ต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

- การกำหนดขั้นตอนและวิธีการแต่งตั้งคณะกรรมการต้องไม่เป็นการเพิ่มพระราชภาระโดยไม่จำเป็น

- คณะกรรมการซึ่งทำหน้าที่วางกฎเกณฑ์หรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาด ต้องไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือผู้แทนหน่วยงานของรัฐที่อาจจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์นั้น หรืออาจเป็นคู่กรณีในเรื่องนั้น และต้องมีการแยกหน้าที่ระหว่างผู้วางกฎเกณฑ์หรือผู้กำกับควบคุมออกจากผู้ปฏิบัติ

- ไม่กำหนดให้นายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการ เว้นแต่เป็นคณะกรรมการที่กำหนดนโยบายระดับชาติ

- กรรมการโดยตำแหน่งพึงมีตามความจำเป็น และการกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งบางตำแหน่งเป็นกรรมการสมควรพิจารณากำหนดเท่าที่จำเป็น เช่น ผู้อำนวยการสำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เลขาธิการ ก.พ. เนื่องจากตำแหน่งดังกล่าวมีหน้าที่ต้องใช้ความเห็นประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีในเรื่องที่เกี่ยวข้องอยู่แล้ว และในกรณีที่มีกรรมการโดยตำแหน่งเมื่อคณะกรรมการนั้นมีมติเรื่องใดมติดังกล่าวย่อมผูกพันองค์กรที่กรรมการโดยตำแหน่งผู้นั้นดำรงตำแหน่งอยู่ด้วย เว้นแต่กรรมการผู้นั้นได้แสดงความไม่เห็นด้วยโดยวิธีการลงคะแนนคัดค้านหรือบันทึกข้อไม่เห็นด้วยในรายงานการประชุมแล้ว

- การแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ให้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับความเชี่ยวชาญในเรื่องซึ่งเป็นหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการอย่างแท้จริง และห้ามแต่งตั้งบุคคลซึ่งมีลักษณะการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ทั้งนี้ ในการกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิต้องสอดคล้องกับหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการนั้นด้วย

๘. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ระบบคณะกรรมการเป็นประโยชน์อย่างมากในการบริหารราชการเพราะเป็นรูปแบบการดำเนินการที่ทำให้เกิดการระดมความคิดของผู้เชี่ยวชาญในด้านต่าง ๆ เกิดการแบ่งปันความรู้และประสบการณ์ร่วมกัน และยังเป็นโอกาสให้ตัวแทนของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจ อย่างไรก็ดี ระบบคณะกรรมการยังมีข้อบกพร่องบางประการ

๘.๑ ข้อเสนอเกี่ยวกับการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นใหม่

๘.๑.๑ การจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นใหม่ต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็น เพื่อทำหน้าที่สำคัญตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมติคณะรัฐมนตรี วันที่ ๔ เมษายน ๒๕๖๐ เช่น

(๑) วางกฎเกณฑ์ในการกำกับควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือกิจกรรมที่ต้องการความเป็นกลางปราศจากการแทรกแซงทางการเมือง เช่น คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ คณะกรรมการนโยบายทางการเงิน คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม หรือคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน

(๒) การวินิจฉัยชี้ขาด เช่น คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า คณะกรรมการวินิจฉัยข้อมูลข่าวสารของทางราชการ โดยคณะกรรมการประเภทนี้ต้องมีความเป็นกลางและมีความเชี่ยวชาญ และมีการพิจารณาโดยยึดหลักความยุติธรรม เช่น การฟังความทุกฝ่าย

(๓) ให้คำปรึกษาทางเทคนิคหรือเป็นเรื่องซึ่งต้องการความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านประกอบการตัดสินใจของผู้มีหน้าที่และอำนาจตามกฎหมาย เช่น คณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

(๔) พิจารณาหาข้อยุติที่ได้รับการยอมรับร่วมกันโดยมีตัวแทนจากภาคส่วนต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น คณะกรรมการกำหนดค่าจ้างขั้นต่ำ จะมีที่มาจากตัวแทนลูกจ้าง ตัวแทนนายจ้าง และตัวแทนภาครัฐ เป็นต้น

๘.๑.๒ ควรพิจารณาว่าอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการเข้าซ้อนกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการอื่นที่มีอยู่แล้วหรือไม่ หากเข้าซ้อนกันก็ไม่ควรจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นใหม่ หรือหากเข้าซ้อนกันแค่เพียงบางส่วนโดยมีอำนาจบางประการของคณะกรรมการที่มีอยู่เดิมยังไม่ครอบคลุมถึงก็ควรพิจารณาปรับเปลี่ยนหรือเพิ่มอำนาจของคณะกรรมการที่มีอยู่แล้วให้ครอบคลุมภารกิจดังกล่าว โดยไม่จำเป็นต้องตั้งคณะกรรมการขึ้นใหม่

๘.๑.๓ ในกรณีที่ต้องจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นใหม่ ต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ตามมติคณะรัฐมนตรี วันที่ ๔ เมษายน ๒๕๖๐ และหลักเกณฑ์อื่น ๆ ดังต่อไปนี้

(๑) ขั้นตอนและวิธีการแต่งตั้งคณะกรรมการ การกำหนดขั้นตอนและวิธีการแต่งตั้งคณะกรรมการ ต้องไม่เป็นการเพิ่มพระราชภาระโดยไม่จำเป็น

(๒) องค์ประกอบของคณะกรรมการ

- องค์ประกอบของคณะกรรมการควรประกอบด้วยจำนวนคณะกรรมการเท่าที่จำเป็นโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิจารณาหรือเรื่องที่คณะกรรมการมีอำนาจโดยตรง เพราะจำนวนกรรมการที่มากเกินไปจะทำให้การนัดประชุมเป็นไปได้ยาก อันจะทำให้การดำเนินการพิจารณาของคณะกรรมการล่าช้าและสิ้นเปลืองงบประมาณอีกด้วย

- คณะกรรมการซึ่งทำหน้าที่วางกฎเกณฑ์หรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดต้องไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือผู้แทนหน่วยงานของรัฐที่อาจจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์นั้นหรืออาจเป็นคู่กรณีในเรื่องนั้น และต้องมีการแยกหน้าที่ระหว่างผู้วางกฎเกณฑ์หรือผู้กำกับควบคุมออกจากผู้ปฏิบัติ

- ไม่กำหนดให้นายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการ เว้นแต่เป็นคณะกรรมการที่กำหนดนโยบายระดับชาติ

- กรรมการโดยตำแหน่งพึงมีตามความจำเป็น และการกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งบางตำแหน่งเป็นกรรมการ สมควรพิจารณากำหนดเท่าที่จำเป็น เช่น ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เลขาธิการ ก.พ. เนื่องจากตำแหน่งดังกล่าวมีหน้าที่ต้องให้ความเห็นชอบประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีในเรื่องที่เกี่ยวข้องอยู่แล้ว และในขณะที่มีกรรมการโดยตำแหน่ง เมื่อคณะกรรมการนั้นมิตินในเรื่องใด มติดังกล่าวย่อมผูกพันองค์กรที่กรรมการโดยตำแหน่งผู้นั้นดำรงตำแหน่งอยู่ด้วย เว้นแต่กรรมการผู้นั้นได้แสดงความไม่เห็นด้วยวิธีการลงคะแนนคัดค้านหรือบันทึกไม่เห็นด้วยในรายงานประชุมแล้ว

- การแต่งตั้งคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ให้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับความเชี่ยวชาญในเรื่องซึ่งเป็นหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการอย่างแท้จริง และห้ามแต่งตั้งบุคคลซึ่งมีลักษณะการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ทั้งนี้ ในการกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิต้องสอดคล้องกับหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการนั้นด้วย

- ควรนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ๒๕๑๙ มาพิจารณาประกอบการแต่งตั้งกรรมการ เช่น หลักการตามมาตรา ๗^๓ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวที่ห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจเกินกว่าสามแห่ง โดยให้นับรวมการเป็นกรรมการโดยตำแหน่ง และการได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติราชการแทนในตำแหน่งกรรมการด้วย

(๓) ระยะเวลาแล้วเสร็จของการทำงาน ควรกำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จของการทำงานของคณะกรรมการที่ทำหน้าที่ในการบริหาร เช่น การอนุมัติ อนุญาต สำหรับคณะกรรมการที่ปรึกษาหรือคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิก็ควรกำหนดระยะเวลาเร่งรัดการปฏิบัติงานไว้เช่นเดียวกัน

(๔) ข้อเสนอแนะอื่นๆ

- ผู้แทนที่เข้าประชุมแทนกรรมการโดยตำแหน่งควรเป็นผู้แทนที่มีความรู้ความเข้าใจ และสามารถตัดสินใจได้

- ควรมีการจัดทำฐานข้อมูลความเชี่ยวชาญของข้าราชการผู้ทรงคุณวุฒิ ทั้งที่ยังคงปฏิบัติราชการอยู่และที่เกษียณอายุไปแล้ว โดยควรแยกสาขาตามความเชี่ยวชาญให้ชัดเจน เพื่อให้ส่วนราชการสามารถนำบัญชีดังกล่าวไปพิจารณาประกอบการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิได้

๘.๒. การกำหนดกลไกการปรับปรุงระบบคณะกรรมการตามกฎหมายที่ประกาศใช้ บังคับก่อนรัฐธรรมนูญ

มาตรา ๒๕๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับการปฏิรูปประเทศในด้านกฎหมายให้ต้องมีกลไกในการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับหลักการตามมาตรา ๗๗ และพัฒนาให้สอดคล้องกับหลักสากล โดยการใช้ระบบคณะกรรมการต้องใช้เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้การทำงานเกิด

^๓มาตรา ๗ ผู้ใดจะดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจเกินกว่าสามแห่งมิได้ ทั้งนี้ให้นับรวมการเป็นกรรมการโดยตำแหน่ง และการได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติราชการแทนในตำแหน่งกรรมการด้วยการนับจำนวนการดำรงตำแหน่งกรรมการตามวรรคหนึ่ง ไม่รวมการเป็นกรรมการโดยตำแหน่งที่ได้มีการมอบหมายให้ผู้อื่นปฏิบัติราชการแทน

ความคล่องตัว ดังนั้น จะต้องมีการพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับไปก่อนรัฐธรรมนูญฉบับนี้ด้วย โดยใน ส่วนของการดำเนินการให้เกิดผลนั้น มีข้อเสนอเพื่อการพิจารณาในเบื้องต้น ดังนี้

๘.๒.๑ กำหนดให้รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินั้น ๆ พิจารณา ทบทวนเหตุผลและความจำเป็นที่จะต้องมีระบบคณะกรรมการไว้ในกฎหมายที่ตนเองรักษาการ โดยควรพิจารณาว่าคณะกรรมการที่มีอยู่ยังคงมีความจำเป็นอยู่หรือไม่ หรือควรปรับปรุงหรือแก้ไข กฎหมายเพื่อให้การดำเนินการของคณะกรรมการมีความคล่องตัว หากเห็นว่ามีความจำเป็นต้องมี คณะกรรมการจะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการให้สอดคล้อง กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและมติคณะรัฐมนตรีด้วย

ทั้งนี้ อำนาจหน้าที่ในการบริหาร เช่น การอนุมัติ การอนุญาต อันมีลักษณะเป็น งานซึ่งเจ้าหน้าที่สามารถตัดสินใจดำเนินการได้เองภายใต้ระเบียบและกฎเกณฑ์โดยมีผู้รับผิดชอบเป็นผู้ ดำรงตำแหน่งตามลำดับชั้นของการบริหาร และไม่ใช่เรื่องสำคัญที่จำเป็นต้องอาศัยการปรึกษาหารือ ไม่ ควรกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ เว้นแต่กรณีสำคัญ เช่น การสัมปทาน อาจใช้วิธีการ ตัดสินใจโดยเจ้าหน้าที่และกำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการก็ได้

๘.๒.๒ กำหนดให้ต้องมีการเสนอผลการพิจารณาต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา โดยรัฐมนตรีผู้รักษาการต้องจัดทำรายงานแสดงเหตุผลและความจำเป็นที่จะต้องมี ยกเลิก หรือปรับปรุง ระบบคณะกรรมการตามกฎหมายนั้นต่อไปและเหตุที่ไม่มีการบังคับใช้หรือปฏิบัติตามกฎหมายนั้น

๘.๒.๓ ควรมีการกำหนดกฎหมายกลางเกี่ยวกับคณะกรรมการ เพื่อเป็น หลักเกณฑ์ขั้นต่ำสำหรับการพิจารณาระบบคณะกรรมการแต่ละประเภทในกฎหมาย เพื่อให้หน่วยงาน ของรัฐใช้เป็นแนวทางในการพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคณะกรรมการ

๘.๒.๔ ควรมีการกำหนดให้หน่วยงานของรัฐสำรวจความจำเป็นของคณะกรรมการ ที่แต่งตั้งก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญว่ายังมีเหตุผลและความจำเป็นต้องใช้ระบบการดำเนินการโดย คณะกรรมการอยู่หรือไม่ ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงความคล่องตัวและไม่สร้างภาระแก่ประชาชนจนเกินความ จำเป็น แล้วเสนอแผนยกเลิกหรือยุบรวมคณะกรรมการต่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาต่อไป

บทที่ ๓ การใช้ดุลพินิจในกฎหมายปกครองของไทย

๑. บทนำ

โดยที่การบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักนิติรัฐ กล่าวคือ ฝ่ายบริหารจะต้องบริหารราชการแผ่นดินตามกฎหมาย ฝ่ายบริหารจะดำเนินการเรื่องใดได้จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในเรื่องนั้นไว้อย่างชัดเจนหากเรื่องใดที่กฎหมายมิได้อำนาจไว้ ฝ่ายบริหารจะกระทำการนั้นมิได้ และในเรื่องที่กฎหมายให้อำนาจดำเนินการแก่ฝ่ายบริหารแล้ว ฝ่ายบริหารย่อมจะต้องใช้อำนาจนั้นในทางที่เป็นประโยชน์ต่อประชาชนมากที่สุด โดยจำกัดสิทธิและเสรีภาพหรือสร้างภาระแก่ประชาชนน้อยที่สุดด้วย ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นกลไกสำคัญที่นำมาใช้ในการบริหารราชการแผ่นดินโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการบริหารราชการแผ่นดินย่อมจะต้องเกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครองโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ กฎหมายปกครองถือเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญต่อการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งลักษณะสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายปกครองจะมีการกำหนดให้มีการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (Administrative Discretion) ตามกรอบที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ อย่างไรก็ตาม การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นถือเป็นปัญหาสำคัญในทางกฎหมายปกครอง เนื่องจากกฎหมายไม่สามารถบัญญัติรายละเอียดให้ฝ่ายปกครองจะต้องการกระทำอย่างไรในทุกเหตุการณ์ที่อาจเกิดขึ้นได้ ทั้งนี้เนื่องจากเหตุการณ์นั้นยังไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน หรือเหตุการณ์นั้นต้องการความเชี่ยวชาญทางเทคนิคอย่างสูงในการตัดสินใจ หรือเหตุการณ์นั้นฝ่ายนิติบัญญัติยังไม่สามารถกำหนดข้อยุติที่จะประสานประโยชน์ระหว่างกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ ได้ ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงจำเป็นต้องมอบอำนาจลงมาให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจตัดสินใจกระทำการทางใดทางหนึ่ง ซึ่งกฎหมายประเภทนี้จะมีเป็นจำนวนมาก และการกระทำของฝ่ายปกครองส่วนใหญ่แล้วมักจะเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจทั้งสิ้น ฝ่ายปกครองมักอ้างอยู่เสมอว่าเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจมาให้เลือกตัดสินใจได้แล้วย่อมเป็นอำนาจบริหารของฝ่ายปกครอง แต่นักกฎหมายโดยส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วยเช่นนั้นเพราะวิตกว่าฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดังกล่าวไปในทางมิชอบ ความขัดแย้งจึงเกิดขึ้นเสมอว่าอย่างไรเป็นดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ใดบ้างหรือไม่ และศาลสามารถตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้หรือไม่^{๑๔}

๒. ความหมายของดุลพินิจ

ในประเทศอังกฤษ นักนิติศาสตร์ S.A. de Smith และ J.M. Evans อธิบายว่า “ดุลพินิจ หมายถึง อำนาจที่จะเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในกรณีที่มีทางเลือกหลายทาง ถ้ามีทางเลือกที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงทางเดียวย่อมไม่ใช่การใช้ดุลพินิจแต่เป็นการปฏิบัติตามหน้าที่”^{๑๕}

^{๑๔} จิรนิติ หะวานนท์, ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง, คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, พิมพ์ครั้งที่ ๑, ๒๕๔๕, หน้า ๓๙๓

^{๑๕} S.A. de Smith and J.M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action*, Stevens & Sons Limited, London, 1980, P. 278

ในประเทศสหรัฐอเมริกา นักนิติศาสตร์ Kenneth C. Davis อธิบายว่า “ดุลพินิจ หมายถึง กรณีที่เจ้าพนักงานของรัฐมีอำนาจตัดสินใจได้ในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเลือกโดยอิสระในระหว่างทางเลือกกระทำการเป็นไปตามหลายทางหรือทางที่จะไม่กระทำ”^{๗๖}

ในประเทศเยอรมัน นักนิติศาสตร์ Hartmut Maurer ได้กล่าวถึง ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (das Ermessen der Verwaltung) ว่า ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจเมื่อกฎหมายได้กำหนดให้กรณีที่เข้าเงื่อนไขขององค์ประกอบของกฎหมายแล้ว ฝ่ายปกครองสามารถเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งในหลายมาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ กฎหมายได้กำหนดความผูกพันไว้เฉพาะกับส่วนขององค์ประกอบของกฎหมาย แต่กฎหมายมิได้กำหนดความผูกพันในส่วนผลของกฎหมายไว้เพียงประการเดียว หากแต่กฎหมายได้ให้อำนาจฝ่ายปกครองที่จะกำหนดผลของกฎหมายได้เอง ซึ่งกฎหมายอาจกำหนดทางเลือกผลของกฎหมายไว้ ๒ ทางเลือกหรือมากกว่านั้น หรืออาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองตัดสินใจเลือกที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนั้น ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอาจเป็นดุลพินิจที่จะตัดสินใจกระทำการหรือไม่ (Entschliessungsermessen) หรืออาจเป็นดุลพินิจที่จะเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับกรณีนั้น (Auswahlermessen)^{๗๗} นอกจากนี้ นักนิติศาสตร์คนสำคัญอีกท่านหนึ่ง Hans J. Wolff ได้ให้ความหมายคำว่า “ดุลพินิจ” (Ermessen) หมายถึง กรณีที่ฝ่ายปกครองอยู่ในวิสัยที่จะสามารถกระทำการได้หลายอย่างเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายโดยดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะมีขึ้นต่อเมื่อกรณีเข้าตามเงื่อนไขของกฎหมายในกรณีนั้น ๆ^{๗๘}

ในประเทศไทยนั้น ศ. (พิเศษ) ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้อธิบายความหมายของอำนาจดุลพินิจ หมายถึง ความสามารถในการตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งอำนาจดุลพินิจคืออำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น สมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร^{๗๙}

นอกจากนี้ ศ. (พิเศษ) ดร. กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์ ให้ความหมาย คำว่า “ดุลพินิจ” หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตนในคดีเฉพาะราย ดุลพินิจนี้อาจผูกพันกับแนวปฏิบัติหรือหลักการในการวินิจฉัยการใช้ดุลพินิจอันเป็นกฎเกณฑ์ภายในซึ่งฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้นเองภายในขอบเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมาย การวินิจฉัยดังกล่าวของฝ่ายปกครองเป็นที่สุด (Letztentscheidung) การใช้ดุลพินิจนี้เป็นส่วนหนึ่งของขั้นตอนวิธีพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนจะออกนิติกรรมทางปกครอง การใช้ดุลพินิจอาจจะอยู่ในรูปของการกระทำหรืองดเว้นกระทำการก็ได้ ดุลพินิจฝ่ายปกครองเกิดขึ้นเมื่อฝ่ายปกครองอยู่ในวิสัยที่จะเลือกวินิจฉัยและกระทำการได้หลายอย่างในการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย ตัวบทกฎหมายมิได้กำหนดให้ผลทางกฎหมาย (Rechtsfolge) ขององค์ประกอบที่ครบถ้วนนั้นมีเพียงอย่างเดียว แต่ให้อำนาจแก่

^{๗๖} Kenneth C. Davis Administrative Law Text, Volume 3, West Publishing Co., 1972, P. 91

^{๗๗} Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14 Aufl., 2002, P. 108

^{๗๘} Hans J. Wolff, Otto Bachot, Rolf Stober, Verwaltungsrecht I, Munchen 1994, P. 374

^{๗๙} วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ, รวมบทความในโอกาสเกษียณอายุราชการ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์, กรุงเทพฯ ๒๕๓๑, หน้า ๒๐๐

ฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดผลทางกฎหมายซึ่งตัวบทกฎหมายอาจจะเสนอให้เลือกกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดจากสองอย่างหรือมากกว่านั้นขึ้นไป หรือจะให้เลือกกระทำการภายในขอบเขตที่กำหนดก็ได้ดุลพินิจฝ่ายปกครองในส่วนผลทางกฎหมายนี้อาจแยกพิจารณาได้ ๒ ประการ ประการแรก ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจที่จะกระทำการหรือไม่ และประการที่สอง ฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจเลือกมาตรการที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้อย่างใด หรือดุลพินิจในการเลือกปฏิบัติ (Auswahlermessen)^{๔๐}

๓. ประเภทของดุลพินิจ

การพิจารณาประเภทของดุลพินิจนั้นสามารถพิจารณาได้จากขั้นตอนของการใช้กฎหมาย หรือพิจารณาจากลักษณะของการใช้ดุลพินิจ หรือพิจารณาว่าดุลพินิจนั้นอยู่ในส่วนองค์ประกอบของกฎหมายหรืออยู่ในส่วนผลของกฎหมาย โดยมีข้อพิจารณาดังนี้^{๔๑}

(๑) ประเภทของดุลพินิจโดยพิจารณาจากขั้นตอนของการใช้กฎหมาย การพิจารณาดุลพินิจประเภทนี้อาจแยกออกเป็นดุลพินิจที่จะกระทำการหรือไม่ กับดุลพินิจในการเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด

ก. ดุลพินิจที่จะกระทำการหรือไม่ (Entschliessungsermessen)

ดุลพินิจที่จะเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ แต่กฎหมายมิได้กำหนดผลในทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งไว้ กฎหมายปล่อยให้มีความอิสระของฝ่ายปกครองที่จะกำหนดว่าฝ่ายปกครองจะกระทำการหรือไม่ และหากกระทำการแล้วจะเลือกผลในทางกฎหมายอย่างไร

ข. ดุลพินิจเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ (Auswahlermessen)

ดุลพินิจเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งในหลายมาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นกรณีที่เมื่อเกิดข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งซึ่งเข้าองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว กฎหมายได้กำหนดมาตรการในการให้เจ้าหน้าที่สามารถเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่เหมาะสมเพื่อใช้บังคับกับกรณีนั้น ๆ ให้สอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เช่น กรณีที่อาคารชำรุดทรุดโทรม เจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งให้จัดการแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือรื้อถอน การที่เจ้าหน้าที่จะใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่ง เจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ของข้อเท็จจริงนั้น ๆ เช่น หากอาคารที่ชำรุดทรุดโทรมนั้น หากปล่อยไว้อาจเป็นอันตรายต่อสาธารณสุขที่ผ่านไประยะหนึ่ง และเป็นการที่ไม่อาจปรับปรุงแก้ไขได้ มาตรการที่เหมาะสมสำหรับกรณีนี้คือออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารดังกล่าว

(๒) ประเภทของดุลพินิจโดยพิจารณาจากลักษณะของการใช้ดุลพินิจ การพิจารณาดุลพินิจประเภทนี้อาจแยกดุลพินิจออกเป็นการใช้ดุลพินิจในกรณีเฉพาะราย และการใช้ดุลพินิจที่มีการกำหนดไว้เป็นการทั่วไป

^{๔๐} กลมชัย รัตนสากววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, กรุงเทพฯ.: สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๓๗, หน้า ๑๗๑.

^{๔๑} สำนักงานศาลปกครอง, รายงานการวิจัย เรื่อง คติปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง, กรุงเทพฯ ๒๕๔๕, หน้า ๘-๑๑.

ก. การใช้ดุลพินิจในกรณีเฉพาะราย (Individuelle Ermessensausübung)

การใช้ดุลพินิจในกรณีเฉพาะรายเป็นเรื่องที่มีความมุ่งหมายจะให้เกิดความยุติธรรมในแต่ละกรณี ซึ่งในแต่ละกรณีอาจจะมีความแตกต่างในรายละเอียดของแต่ละเรื่องไม่เหมือนกันในสภาพเหล่านี้ ในด้านหนึ่งเจ้าหน้าที่จะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ในอีกด้านหนึ่งเจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาถึงสภาพการณ์ของข้อเท็จจริงในกรณีนั้น ๆ หลังจากนั้นจึงพิจารณาหาทางออกที่ถูกต้องเหมาะสม สำหรับกรณีของข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น ๆ ดังนั้น ในกรณีนี้เบื้องต้นเจ้าหน้าที่จะต้องทราบว่าอะไรคือวัตถุประสงค์ที่กฎหมายได้ให้อำนาจให้เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจในเรื่องนั้น ๆ และประการต่อมาคือเงื่อนไขของการใช้อำนาจดังกล่าวกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขไว้อย่างไร หลังจากนั้น เจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาและวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นภายใต้ข้อพิจารณาดังกล่าว ตัวอย่างเช่น การสลายการชุมนุมที่มีได้มีการแจ้งการชุมนุมไว้ล่วงหน้า การสลายการชุมนุมย่อมมีจุดมุ่งหมาย เพื่อให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อยและความสงบสุขของสังคมโดยรวม หากมีการประท้วงเกิดขึ้นโดยมิได้มีการแจ้งล่วงหน้า เจ้าหน้าที่ต้องตรวจสอบว่าการประท้วงดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่หากจะก่อให้เกิดความเสียหายจะเกิดความเสียหายอย่างไร และหากจะสลายการประท้วงจะกระทำได้อย่างไรหรือไม่ ทั้งนี้ ย่อมขึ้นอยู่กับเงื่อนไขหลายประการ เช่น จำนวนผู้ชุมนุม จำนวนตำรวจที่ปฏิบัติหน้าที่ ความหนาแน่นของการจราจร เป็นต้น จากสภาพการณ์ในทางข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้เอง เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องใช้ดุลพินิจให้ถูกต้องสอดคล้องกับสภาพการณ์ของข้อเท็จจริงในกรณีนั้น ๆ

ข. การใช้ดุลพินิจที่มีการกำหนดไว้เป็นการทั่วไป (Generelle Ermessensausübung)

โดยทั่วไปแล้ว เรื่องดุลพินิจเป็นเรื่องที่จะต้องใช้กับข้อเท็จจริงในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตาม กรณีย่อมมีความเป็นไปได้ว่า เจ้าหน้าที่ในระดับหัวหน้าอาจกำหนดแนวทางในการใช้ดุลพินิจให้แก่บรรดาเจ้าหน้าที่ในบังคับบัญชาของตนเพื่อทำให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่มีความเป็นเอกภาพ ความผูกพันของการใช้ดุลพินิจในลักษณะดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลดีต่อหลักความเสมอภาพ ได้มีความพยายามในการอธิบายความชอบธรรมของการกำหนดแนวทางในการใช้ดุลพินิจโดยมีการให้เหตุผลว่า การที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจนั้น มิได้เป็นการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รายใดรายหนึ่งเท่านั้น หากแต่กฎหมายได้กำหนดให้อำนาจแก่ “ฝ่ายปกครอง” เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ความอิสระนั้นพัฒนาไปสู่การวางแผนสำหรับการตัดสินใจของฝ่ายปกครองได้ อย่างไรก็ตาม การใช้ดุลพินิจที่มีการกำหนดไว้เป็นการทั่วไปนี้ย่อมต้องผูกพันต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายเช่นกัน ดังนั้น ความมุ่งหมายของการใช้ดุลพินิจที่มีการกำหนดไว้เป็นการทั่วไป จึงมักใช้กับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีที่สามารถจำแนกประเภทของข้อเท็จจริงนั้น ๆ ได้ แต่ไม่อาจนำมาใช้กับข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือกรณีใดกรณีหนึ่งที่มีลักษณะเฉพาะ

ในกรณีของการใช้ดุลพินิจในกรณีเฉพาะรายกับการใช้ดุลพินิจที่มีการกำหนดไว้เป็นการทั่วไปนั้น จะต้องไม่เข้าใจผิดว่าการใช้ดุลพินิจทั้งสองลักษณะตกอยู่ในความขัดแย้งซึ่งกันและกัน ด้วยเหตุนี้เองจำเป็นที่จะต้องตรวจสอบว่า การกำหนดการใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้เป็นการทั่วไปนั้น เป็นกรณีที่อาจกระทำได้หรือไม่ หรือหากกระทำได้สามารถกระทำได้อย่างในขอบเขตแค่ไหนเพียงใด ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมต้องผูกพันต่อระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง (Verwaltungsvorschriften) ที่กำหนดเรื่องการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ แต่ในกรณีที่ข้อเท็จจริง

ที่มีลักษณะแตกต่างออกไปจากที่กำหนดไว้ในระเบียบภายในของฝ่ายปกครองกรณีเช่นนี้เจ้าหน้าที่ก็ไม่ถูกผูกพันต่อระเบียบภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าว

การไม่อนุญาตให้ฝ่ายปกครองกำหนดการใช้ดุลพินิจไว้เป็นการทั่วไปนั้น อาจพิจารณาได้จากบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ เอง เช่น ตามมาตรา ๑๕ วรรคแรก ของกฎหมายว่าด้วยการชุมนุม (Versammlung) บัญญัติว่า การชุมนุมอาจถูกห้ามได้ หากพิจารณาตามสภาพการณ์ ในขณะที่ออกคำสั่งนั้นเป็นกรณีที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยตรง การออกคำสั่งห้ามจะกระทำได้เฉพาะสำหรับกรณีใดกรณีหนึ่งเท่านั้น ดังนั้น ในกรณีนี้หากมีการออกระเบียบภายในเพื่อกำหนดการใช้ดุลพินิจไว้เป็นการล่วงหน้าจึงไม่อาจจะกระทำได้^{๒๖}

(๓) ประเภทของดุลพินิจโดยพิจารณาว่าดุลพินิจนั้นอยู่ในส่วนองค์ประกอบของกฎหมายหรืออยู่ในส่วนผลของกฎหมาย

การพิจารณาว่าดุลพินิจนั้นอยู่ในส่วนองค์ประกอบของกฎหมายหรืออยู่ในส่วนผลของกฎหมาย อาจแยกดุลพินิจออกเป็นดุลพินิจตัดสินใจกับดุลพินิจวินิจฉัย^{๒๗}

ก. ดุลพินิจตัดสินใจ คือ ความสามารถในการอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่างซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งอำนาจดุลพินิจคืออำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นตามสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร ดุลพินิจตัดสินใจในความหมายดังกล่าวก็คือดุลพินิจในส่วนผลของกฎหมายตามแนวคิดของเยอรมันนั่นเอง

ข. ดุลพินิจวินิจฉัย คือ กรณีที่การใช้ถ้อยคำที่ไม่อาจกำหนดความหมายได้แน่นอนตายตัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้อยคำที่แสดงออกซึ่งความผิดเกี่ยวกับคุณค่าของบุคคลและสรรพสิ่งพรรณนาข้อเท็จจริง อันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง เป็นเครื่องแสดงให้เห็นได้โดยปริยายว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์จะปล่อยให้การวินิจฉัยปัญหาว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่องเป็นหรือไม่เป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจอยู่ในดุลพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองดุลพินิจประเภทนี้เรียกว่า “ดุลพินิจวินิจฉัย” (Margin of Judgement-latitude de jugement) ดุลพินิจวินิจฉัยหรือดุลพินิจในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมายตามระบบกฎหมายเยอรมัน เรียกว่า ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนองค์ประกอบของกฎหมาย (Beurteilungsspielraum) นั่นเอง

๔. แนวความคิดเกี่ยวกับดุลพินิจในต่างประเทศ

๔.๑ แนวความคิดของประเทศอังกฤษ^{๒๘}

ในประเทศอังกฤษ ปัญหาการตีความและการวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงใดที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่องจะเป็นข้อเท็จจริงเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุตามที่กฎหมาย

^{๒๖} H.Maurer, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๗๗, หน้า ๑๑๒

^{๒๗} วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๗๙, หน้า ๒๐๒

^{๒๘} โอทกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, การควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย, วิทยานิพนธ์ระดับชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๓๔, หน้า ๓๓ - ๓๔

กำหนดไว้หรือไม่ถือว่าเป็นการวินิจฉัยในปัญหาตุลพินิจได้ ถ้าปรากฏจากเจตนารมณ์ของกฎหมายว่ามุ่งหมายจะให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในชั้นตอนนี้ ทั้งนี้ ตามคำกล่าวของ Lord Esher ในคดี R.v. Commissioners for Special Purposes of the Income Tax ซึ่งจากคำกล่าวในคดีข้างต้นได้นำมาสู่ทฤษฎีกฎหมายที่สำคัญของอังกฤษ กล่าวคือ ศาลมีอำนาจควบคุมคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองในปัญหาที่เกี่ยวข้องกับปัญหาว่าด้วยอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง (jurisdiction question หรือ collateral question) ซึ่งได้แก่ปัญหาสำคัญ ๓ ประการ คือ

(๑) ปัญหาว่าข้อเท็จจริงที่ฝ่ายปกครองกล่าวอ้างว่าเกิดขึ้นนั้นได้เกิดขึ้นจริงหรือไม่
(๒) ปัญหาการตีความถ้อยคำของบทบัญญัติที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมาย

(๓) ปัญหาว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นข้อเท็จจริงประเภทเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายหรือไม่

ปัญหาทั้ง ๓ ประการนี้ถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับขอบอำนาจที่ศาลจะเข้ามาตรวจสอบได้เสมอ เว้นแต่เมื่อเป็นปัญหาความเหมาะสม (question of merit) ของคำวินิจฉัย ศาลจะไม่มีอำนาจเข้าไปควบคุม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือถือว่าเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม ข้อที่ว่าปัญหาลักษณะใดเป็นปัญหาเกี่ยวกับขอบอำนาจและปัญหาลักษณะใดเป็นปัญหาเกี่ยวกับความเหมาะสมของการใช้อำนาจนั้น ในทางปฏิบัติของศาลยุติธรรมของอังกฤษยังไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวที่จะใช้ในการแบ่งแยก ตัวอย่างเช่น กรณีกฎหมายการเคหะ (Housing Act 1957) ซึ่งได้ให้อำนาจเจ้าพนักงานท้องถิ่นโดยบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบด้วยถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจงได้แก่ คำว่า “ไม่เหมาะสมแก่การอยู่อาศัยของมนุษย์” และ “เมื่อมีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อการพัฒนาหรือการใช้ประโยชน์” ซึ่งในกรณีกฎหมายฉบับนี้ได้มีคำพิพากษาของศาลหลายคดีที่ตัดสินแตกต่างกัน กล่าวคือ ในบางคดีศาลวินิจฉัยว่า ปัญหาว่าบ้านนั้นเหมาะสมแก่การอยู่อาศัยหรือไม่นั้นเป็นดุลพินิจในฝ่ายปกครอง^{๘๕} ในขณะที่บางคดีศาลวินิจฉัยว่าศาลมีอำนาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบการวินิจฉัยว่าการบังคับซื้อของฝ่ายปกครองมีความจำเป็นหรือไม่^{๘๖} ทั้ง ๆ ที่คำว่า “ความเหมาะสม” และคำว่า “ความจำเป็น” ต่างก็เป็นถ้อยคำที่ไม่เจาะจงเช่นเดียวกัน

นอกจากนั้นแล้ว ยังมีกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองโดยใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะเป็น subjective language เช่น “เมื่อเป็นที่ประจักษ์แก่รัฐมนตรีว่าที่ดินส่วนใดในบริเวณที่อยู่ในอำนาจของเจ้าพนักงานผังเมืองท้องถิ่นมีความจำเป็นต้องพัฒนาใหม่หมดหลังสงคราม รัฐมนตรีมีอำนาจบังคับซื้อได้” ในกรณีเช่นนี้ เห็นได้ชัดว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์จะให้รัฐมนตรีวินิจฉัยเป็นยุติว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกับที่กำหนดไว้ในองค์ประกอบของกฎหมายหรือไม่ ซึ่งในทางตำราถือว่าการวินิจฉัยถ้อยคำลักษณะนี้เป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เรียกว่าเป็น “Privative Clauses” ซึ่งตัดอำนาจศาลไม่ให้สอดเข้าไปในคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครอง แต่ในทางปฏิบัตินั้น ในบางกรณีศาลก็ได้ขยายอำนาจเข้าไปควบคุมการวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวปรากฏจากแนวคำพิพากษาที่ศาลได้เข้าไปควบคุมโดยนำความเห็นของตนเข้าไปแทนที่^{๘๗}

^{๘๕} คดี Re Butter และคดี Quilatrex Co. Ltd. V. Minister of Housing and Local Government

^{๘๖} คดี Coleen Properties Ltd. V. Minister of Housing and Local Government

^{๘๗} คดี Maradana Mosque Trustees v. Mahmud

ในทางตรงกันข้าม ในบางกรณีที่กฎหมายใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะเป็น Objective language ได้แก่ ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติว่า “เมื่อรัฐมนตรีมีเหตุผลอันน่าเชื่อว่ามีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น รัฐมนตรีมีอำนาจกระทำการ...” กรณีเช่นนี้ในทางตำราถือว่าศาลมีอำนาจควบคุมความเชื่อของฝ่ายปกครองที่ว่าข้อเท็จจริงเกิดขึ้นนั้นเป็นความเชื่อที่ชอบหรือไม่โดยใช้อัตวิสัยของศาลเป็นเครื่องวัด แต่ในทางปฏิบัติศาลก็มีได้วินิจฉัยตามตำราเสมอไป^{๔๔} จะเห็นได้ว่าอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของประเทศอังกฤษนั้น ในทางตำราแล้วถือว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในขั้นตอนนี้ แต่ในทางปฏิบัติของศาลแล้ว จะเห็นได้ว่าแนวคำพิพากษาของศาลยังขาดหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดว่ากรณีใดศาลจะเข้าไปควบคุม และกรณีใดศาลจะไม่ควบคุม

๔.๒ แนวความคิดของประเทศเยอรมัน

ข้อพิจารณาเรื่องดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนองค์ประกอบของกฎหมายตามระบบกฎหมายปกครองเยอรมันนั้นจะเกิดขึ้นในกรณีที่บทบัญญัติในส่วนที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะไม่จำเพาะเจาะจง คือ เป็นถ้อยคำที่มีความหมายไม่แน่นอนตายตัว ซึ่งในการนำบทบัญญัติดังกล่าวไปปรับใช้จะต้องมีการตีความให้มีความชัดเจนขึ้น ซึ่งในบางกรณีก็อาจหลีกเลี่ยงอัตวิสัยของผู้ตีความได้ โดยเฉพาะถ้อยคำที่ไม่เจาะจงที่ต้องอาศัยการตีความเพื่อให้ความหมายเพิ่มเติมพิเศษทางวิชาการหรือต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือหลาย ๆ ด้านรวมกันในการตีความ^{๔๕} มีปัญหาว่าการปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เข้ากับองค์ประกอบส่วนหนึ่งของกฎหมายซึ่งใช้ถ้อยคำลักษณะดังกล่าวนั้น จะถือว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจหรือไม่ ตามแนวความคิดของเยอรมันนั้น ศาลปกครองมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการใช้และการตีความกฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในส่วนที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายได้ทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นเรื่องภายใต้ถ้อยคำของบทบัญญัติที่มีลักษณะชัดแจ้งหรือถ้อยคำที่ไม่จำเพาะเจาะจงก็ตาม ทั้งนี้ โดยการให้เหตุผลจากเรื่องหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๙ วรคส. ของรัฐธรรมนูญ โดยศาลสามารถตรวจสอบการใช้และตีความกฎหมายในส่วนดังกล่าวของฝ่ายปกครองได้โดยไม่มีข้อจำกัดทั้งในทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย^{๔๖} อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นของหลักนี้เกิดขึ้นภายใต้การใช้การตีความของถ้อยคำของบทบัญญัติที่ไม่จำเพาะเจาะจงประเภทที่ต้องนำมาตีความเพื่อให้ความหมายเพิ่มเติมทางวิชาการหรือต้องใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือหลาย ๆ ด้านรวมกัน โดยในทางตำรามีความเห็นกันว่าในกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องที่ศาลปกครองไม่อยู่ในฐานะที่จะเข้าไปทบทวนการวินิจฉัยของฝ่ายปกครองได้ เนื่องจากการประเมินความหมายของถ้อยคำดังกล่าวจะต้องใช้ความรู้ทางวิชาการเฉพาะด้าน หรือต้องใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีความรู้ความชำนาญประสบการณ์พิเศษและใกล้ชิดคลุกคลีกับปัญหานั้นมาก ศาลจึงจำต้องยอมรับการวินิจฉัยของฝ่ายปกครองในกรณีดังกล่าวโดยจะไม่เข้าไปทบทวนในเนื้อหาของเรื่องนั้นอีกอันมีผลทำให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในเรื่องนั้น^{๔๗} ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนองค์ประกอบนี้จึงเป็นกรณีเฉพาะเรื่องเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ยังมีความเห็นแย้งในเรื่องดังกล่าวอยู่ โดยนักวิชาการบางท่านเห็นว่าไม่ว่าจะเป็นถ้อยคำ

^{๔๔} เช่น คดี Liversidge v. Anderson เป็นต้น

^{๔๕} กมลชัย รัตนสกาววงศ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๘๐, หน้า ๒๗๓

^{๔๖} Albert Bleckmann, Emessensfehlerlehre, ซึ่งอ้างในสำนักงานศาลปกครอง, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๘๑, หน้า ๘.

^{๔๗} กมลชัย รัตนสกาววงศ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๘๐, หน้า ๒๗๕

ของบทบัญญัติที่ขัดแย้งหรือไม่จำเพาะเจาะจงก็เป็นเรื่องของข้อกฎหมายทั้งสิ้น ซึ่งศาลปกครองสามารถทบทวนได้ทั้งหมด โดยนัยนี้ถือเป็นการยืนยันว่าฝ่ายปกครองไม่อาจมีดุลพินิจในส่วนองค์ประกอบของกฎหมายได้นั่นเอง^{๔๖}

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาล จะพบว่าศาลวินิจฉัยในเรื่องการควบคุมตรวจสอบการใช้และการตีความถ้อยคำที่มีลักษณะไม่จำเพาะเจาะจงแตกต่างกันไป โดยในบางกรณีศาลปกครองจะยอมรับและไม่เข้าไปทบทวนตรวจสอบเนื้อหาการวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งถือว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักที่ว่าฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจในส่วนองค์ประกอบของกฎหมาย เช่น (๑) กรณีคำวินิจฉัยในเรื่องการสอบ การตรวจสอบและการประเมินผลการสอบ (๒) คำวินิจฉัยและการประเมินค่าเกี่ยวกับผลงานและความสามารถของข้าราชการโดยผู้บังคับบัญชา ตลอดจนคำวินิจฉัยเกี่ยวกับนโยบายทางปกครอง (๓) คำวินิจฉัยของคณะกรรมการอิสระที่ประกอบขึ้นจากผู้แทนของกลุ่มต่าง ๆ หรือประกอบไปด้วยผู้มีความรู้มีประสบการณ์หลาย ๆ ด้าน หรือเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านต่าง ๆ ที่มาร่วมกันประเมินค่าให้ความหมายถ้อยคำของบทบัญญัติที่ไม่เจาะจงซึ่งไม่อาจเอาคำวินิจฉัยอื่นมาทดแทนได้ เป็นต้น^{๔๗} อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีศาลปกครองก็ไม่ยอมรับว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการใช้และตีความถ้อยคำของบทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่จำเพาะเจาะจงซึ่งมักเป็นกรณีที่ศาลปกครองเห็นว่าศาลมีความสามารถในการตรวจสอบการประเมินความหมายของถ้อยคำของบทบัญญัติที่ไม่จำเพาะเจาะจงนั้นได้ โดยไม่จำเป็นต้องยึดถือตามการประเมินความหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ เพราะดุลพินิจดังกล่าวของฝ่ายปกครองนั้นเป็นเพียงปรากฏการณ์ที่ศาลปกครองสำรวจไม่ก้าวเข้าไปตรวจสอบฝ่ายปกครอง จึงขึ้นอยู่กับศาลปกครองว่าจะปล่อยให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในส่วนองค์ประกอบทางกฎหมายหรือไม่ เพียงใด ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า ดุลพินิจในส่วนองค์ประกอบของกฎหมายตามแนวคิดของเยอรมันจะมีได้ในกรณีใดบ้างนั้นก็ขึ้นอยู่กับข้อกำหนดบทบาทในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองของศาลปกครอง ซึ่งหากศาลจำกัดขอบเขตในการควบคุมการใช้และการตีความบทบัญญัติในส่วนองค์ประกอบของกฎหมายของฝ่ายปกครองในกรณีใด ย่อมมีผลให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในกรณีนั้น ๆ

๔.๓ แนวความคิดของประเทศฝรั่งเศส^{๔๘}

ตามกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสมีได้แยกเรื่องการใช้ดุลพินิจที่อยู่ในส่วนองค์ประกอบของกฎหมายหรือดุลพินิจที่อยู่ในส่วนผลของกฎหมาย ปัญหาว่าศาลปกครองของฝรั่งเศสสามารถตรวจสอบการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครอง ในกรณีที่กฎหมายกำหนดถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจงได้หรือไม่เพียงใด โดยทั่วไปแล้วในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส ศาลจะตรวจสอบภายในขอบเขตของความถูกต้องของข้อเท็จจริง (qualification juridique des faits) หรือ contrôle des motifs de l'acte administratif ดังนั้น ตามแนวความคิดของฝรั่งเศส กรณีที่มีปัญหาว่าหนังสือที่พิมพ์เผยแพร่เป็นหนังสือลามกที่เป็นอันตรายต่อเยาวชนหรือไม่ ปัญหานี้มิได้เป็นปัญหาในทางข้อเท็จจริงโดยแท้ หากแต่เป็นปัญหาที่มีลักษณะในทางกฎหมายของข้อเท็จจริง

^{๔๖} สำนักงานศาลปกครอง, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๘๑, หน้า ๑๓ - ๑๘

^{๔๗} กมลชัย รัตนสากวรงค์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๘๐, หน้า ๒๗๖ - ๒๗๘

^{๔๘} สำนักงานศาลปกครอง, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๘๑, หน้า ๑๑ - ๑๒

โดยทั่วไปแล้วปัจจุบันนี้ Conseil d'Etat ตรวจสอบความถูกต้องสมบูรณ์ของข้อเท็จจริง (qualification juridique des faits) อย่างไรก็ตาม มีบางขอบเขตที่ Conseil d'Etat ไม่ได้ทำการตรวจสอบการประเมินข้อเท็จจริงของฝ่ายปกครองอย่างสมบูรณ์ หากศาลปกครองจะควบคุมตรวจสอบในขอบเขตดังกล่าวนี้ การควบคุมของศาลปกครองกรณีนี้เป็นการควบคุมว่ามีการใช้อำนาจในทางมิชอบ (détournement de pouvoir) หรือไม่ ในปัจจุบันนี้ Conseil d'Etat ตรวจสอบเป็นการทั่วไปเกี่ยวกับความถูกต้องในทางเนื้อหาของข้อเท็จจริง (exactitude matérielle des faits) ซึ่งหมายความว่า ข้อเท็จจริงที่ฝ่ายปกครองนำมาสนับสนุนการกระทำของตนนั้น โดยแท้จริงแล้วข้อเท็จจริงนั้นมีอยู่หรือไม่ นอกจากนี้ ศาลยังได้ตรวจสอบว่า การประเมินข้อเท็จจริงของฝ่ายปกครองเป็นการประเมินโดยเข้าใจผิดหรือไม่ และศาลจะตรวจสอบว่าการประเมินข้อเท็จจริงของฝ่ายปกครองเป็นความผิดพลาดที่เกินขอบเขตของเรื่องนั้น ๆ หรือไม่

โดยทั่วไปแล้วอาจกล่าวได้ว่า Conseil d'Etat ตรวจสอบการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองได้โดยไม่มีข้อจำกัดโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการตรวจสอบการแทรกแซงในสิทธิขั้นพื้นฐานและกรณีตามกฎหมายว่าด้วยตำรวจ แต่ในทางตรงกันข้าม Conseil d'Etat ได้ทำการตรวจสอบอย่างผิวเผินในกรณีที่เป็นการแทรกแซงผลประโยชน์ของชาวต่างชาติหรือกรณีที่ปัญหาในทางเทคนิค ในกรณีนี้ย่อมเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองควบคุมตนเอง ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้ฝ่ายปกครองย่อมมีดุลพินิจโดยอิสระในส่วนที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมาย

กล่าวโดยสรุป ดุลพินิจที่เป็นส่วนขององค์ประกอบของกฎหมายนั้น ระบบของประเทศฝรั่งเศส ก่อน ปี ค.ศ. ๑๙๖๐ เป็นเรื่องที่อยู่ในดุลพินิจอิสระของฝ่ายปกครอง แต่หลังจากปี ค.ศ. ๑๙๖๐ ศาลได้เข้ามาตรวจสอบว่าการวินิจฉัยของฝ่ายปกครองมีเหตุผลสนับสนุนเพียงพอหรือไม่

๕. กระบวนการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การใช้กฎหมายมีกระบวนการ ๓ ขั้นตอน คือ (๑) การวินิจฉัยข้อเท็จจริง (๒) การปรับบทกฎหมาย และ (๓) การตัดสินใจ ซึ่งต้องอาศัยข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ได้วินิจฉัยเสร็จแล้ว ในขั้นตอนการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและขั้นตอนการปรับบทกฎหมายเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจอยู่บ้าง แต่ดุลพินิจส่วนใหญ่ของฝ่ายปกครองอยู่ในขั้นตอนการตัดสินใจ^{๔๔}

๑. ดุลพินิจในขั้นตอนการวินิจฉัยข้อเท็จจริง ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจกระทำการใด จะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเฉพาะเรื่องว่ามีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ ซึ่งการตรวจสอบนี้ฝ่ายปกครองต้องอาศัยพยานหลักฐาน แล้ววินิจฉัยว่าพยานหลักฐานเท่าที่มีอยู่เพียงพอพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ ทั้งนี้ ฝ่ายปกครองต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงไปตามพยานหลักฐานไม่ใช่ดุลพินิจที่ฝ่ายปกครองจะวินิจฉัยได้อย่างอิสระตามที่ตนเห็นสมควร ศาลสหรัฐ^{๔๕} ได้วางหลักเกณฑ์ว่าพยานหลักฐานที่เพียงพอพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีปกครองต้องเป็น “พยานหลักฐานที่เป็นสาระ” (substantial evidence) ตรงแก่เรื่องราว^{๔๖} ซึ่งถือเป็นการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาล

^{๔๔} Kenneth C. Davis, Administrative Law Text. P 91

^{๔๖} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๕๒๕

๒. ดุลพินิจในขั้นตอนการปรับบทกฎหมาย (ตำราบางประเทศเรียกว่าขั้นตอนการให้ลักษณะกฎหมาย) คือ ขั้นตอนการวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือมีอยู่นั้นตรงกับข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติในบทกฎหมายใด (ตำราบางประเทศเรียกว่าข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ คือ ข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขการใช้อำนาจ) เป็นการนำบทบัญญัติของกฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องนั่นเองอันมีวิธีการดังนี้ (๑) ตีความข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติในบทกฎหมาย (๒) แยกแยะข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องออกเป็นข้อเท็จจริงสำคัญกับข้อเท็จจริงรายละเอียด และ (๓) เปรียบเทียบว่าข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องเหมือนหรือคล้ายกับข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติในบทกฎหมายหรือไม่

โดยปกติการปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริงเป็น “ปัญหาข้อกฎหมาย” ไม่ใช่ “ปัญหาดุลพินิจ” ที่ฝ่ายปกครองจะวินิจฉัยได้อย่างอิสระตามที่ตนเห็นสมควร^{๔๗} ซึ่งเห็นได้ชัดเจนในกรณีกฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบโดยใช้ถ้อยคำที่มีความแน่นอนชัดเจน ฝ่ายปกครองย่อมไม่มีดุลพินิจที่จะวินิจฉัยว่าถ้อยคำนั้นมีความหมายเป็นอย่างอื่น แต่ในกรณีกฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่แน่นอนชัดเจน (Indefinite Concepts) ยังมีข้อถกเถียงทางวิชาการว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจกำหนดความหมายอย่างอิสระหรือไม่

ถ้อยคำที่ไม่อาจกำหนดความหมายแน่นอนตายตัว (Indefinite Concepts) คือ ถ้อยคำที่กฎหมายไม่ได้ให้คำจำกัดความ และวิญญูชนอาจเข้าใจความหมายแตกต่างกันได้ เช่น “การกระทำที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ” การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม” อาคารหรือโรงงานที่อยู่ในสภาพชำรุดทรุดโทรมน่ารังเกียจ” “ผลิตภัณฑ์ทางเภสัชกรรมที่น่าจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของประชาชน” “สิ่งตีพิมพ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อจิตใจของเยาวชน” เป็นต้น ซึ่งยังมีข้อถกเถียงกันว่าเป็น “ปัญหาข้อกฎหมาย” หรือ “ปัญหาดุลพินิจ” ความเห็นหนึ่งเห็นว่า ไม่ว่ากฎหมายจะใช้ถ้อยคำพรรณนาข้อเท็จจริงโดยมีความหมายแน่นอนชัดเจนหรือไม่มีความหมายแน่นอนชัดเจนก็ตาม ย่อมมีคำตอบที่ถูกต้องตามกฎหมายเพียงคำตอบเดียว ซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองต้องใช้วิจญาณญาณแสวงหาคำตอบที่ถูกต้องนั้น ทั้งนี้ ภายใต้การควบคุมของศาล อีกความเห็นหนึ่งเห็นว่า การใช้ถ้อยคำที่ไม่อาจกำหนดความหมายแน่นอนชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้อยคำที่แสดงออกถึงความคิดเกี่ยวกับคุณค่าของบุคคลและสรรพสิ่งเป็นเครื่องแสดงโดยปริยายว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์ปล่อยให้การวินิจฉัยอยู่ในดุลพินิจของฝ่ายปกครองสารัตถะของดุลพินิจคือเสรีภาพในการเลือกความเห็นใดความเห็นหนึ่งในบรรดาความเห็นที่ชอบด้วยเหตุผลหลาย ๆ ความเห็น เมื่อฝ่ายปกครองวินิจฉัยโดยชอบด้วยเหตุผลแล้ว ศาลควรให้ความเคารพ^{๔๘}

บางตำรากล่าวว่าถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจงนี้ ต้องอาศัยคำอธิบายทางวิชาการหรือทางความเชี่ยวชาญมาช่วยให้ทราบความหมาย ซึ่งฝ่ายปกครองต้องประเมินเนื้อหาความหมายหรือตีความถ้อยคำของบัญญัติที่ไม่เจาะจงนี้ด้วยความรู้ประสบการณ์และหรือความสามารถพิเศษของตน ศาลจึงควรยอมรับและไม่ก้าวก่ายทบทวน แต่ฝ่ายที่มีความเห็นแย้งกล่าวว่า ในเมื่อเป็นถ้อยคำ

^{๔๗} วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๗๔, หน้า ๕๕

^{๔๘} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๕๖

ของบทบัญญัติกฎหมายแล้ว ไม่ว่าจะขัดแย้งหรือไม่เจาะจงก็ตามเป็นเรื่องของข้อกฎหมายทั้งสิ้น ศาลสามารถทบทวนได้^{๙๙}

ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๘

“มาตรา ๘ เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารหรือที่ดินผู้ใด

(๑) วางกระถางต้นไม้บนทางเท้าหรือปลูกต้นไม้ที่บริเวณภายนอกอาคารที่ดินเป็น เจ้าของหรือผู้ครอบครองและปล่อยปลະละเลยให้ต้นไม้เหี่ยวแห้งหรือมีสภาพทรุดโทรม หรือปล่อยปลະละเลยให้มีสิ่งปฏิกูลหรือมูลฝอยในกระถางต้นไม้หรือที่บริเวณภายนอกของอาคาร

(๒) ปล่อยปลະละเลยให้ต้นไม้หรือรั้วพืชที่ตนปลูกไว้หรือที่ขึ้นเองในที่ดินของตน ให้เหี่ยวแห้งหรือมีสภาพทรุดโทรม หรือปล่อยปลະละเลยให้มีการทิ้งสิ่งปฏิกูลหรือมูลฝอยในบริเวณที่ดินของตน

ถ้าการปล่อยปลະละเลยตาม (๒) มีสภาพที่ประชาชนอาจเห็นได้จากที่สาธารณะ เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารมีความผิดตามพระราชบัญญัตินี้”

พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๒๖

มาตรา ๒๖ อาหารที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นอาหารไม่บริสุทธิ์

(๑) อาหารที่มีสิ่งที่น่าจะเป็นอันตรายแก่สุขภาพเจือปนอยู่ด้วย

(๒) อาหารที่มีสารหรือวัตถุเคมีเจือปนอยู่ในอัตราที่อาจเป็นเหตุให้คุณภาพของอาหารนั้น ลดลง เว้นแต่การเจือปนเป็นการจำเป็นต่อกรรมวิธีผลิต การผลิต และได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว

(๓) อาหารที่ได้ผลิต บรรจุ หรือเก็บรักษาไว้โดยไม่ถูกสุขลักษณะ

(๔) อาหารที่ผลิตจากสัตว์ที่เป็นโรคอันอาจติดต่อถึงคนได้

(๕) อาหารที่มีภาชนะบรรจุประกอบด้วยวัตถุที่น่าจะเป็นอันตรายแก่สุขภาพ

พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. ๒๕๒๘ มาตรา ๓๔

“มาตรา ๓๔ ผู้ขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(๔) ไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดีและไม่ใช่ผู้ได้กระทำการใดซึ่งแสดงให้เห็นว่าไม่น่าไว้วางใจในความซื่อสัตย์สุจริต”

คำว่า “สภาพทรุดโทรม” “น่าจะเป็นอันตรายแก่สุขภาพ” “ความประพฤติเสื่อมเสีย” “บกพร่องในศีลธรรมอันดี” และ “ไม่น่าไว้วางใจ” เป็นถ้อยคำที่วิญญูชนอาจมีความเห็นแตกต่างกัน แม้จะมีผู้ยืนยันความเห็นของตนว่าถูกต้อง ก็อาจมีผู้อื่นไม่เชื่อถ้อยคำยืนยันนั้นได้

อย่างไรก็ดี ตามแนวบรรทัดฐานของศาลปกครองเยอรมัน การตีความและการปรับข้อเท็จจริงที่ยุติเข้ากับกฎหมายนั้น ศาลปกครองย่อมมีอำนาจควบคุมตรวจสอบได้ทั้งหมด โดยไม่ผูกพันกับมาตรฐานแนวการตีความของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนได้รับการประกันสิทธิของศาลอย่างบริบูรณ์^{๑๐๐} ศาลปกครองเยอรมันมีการควบคุมทบทวนถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่เจาะจง

^{๙๙} กมลชัย รัตนสากววงศ์, ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน, เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายปกครองเยอรมัน, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๕๔ หน้า ๗๑ - ๗๒

^{๑๐๐} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๗๐

โดยมีข้อยกเว้นบางประการว่าจะไม่ควบคุมทบทวนเรื่อง (๑) การตรวจสอบและการประเมินผลสอบ (๒) การประเมินค่าผลงานของข้าราชการโดยผู้บังคับบัญชา และ (๓) คำวินิจฉัยของคณะกรรมการอิสระที่ประกอบด้วยผู้แทนกลุ่มต่าง ๆ ผู้มีความรู้มีประสบการณ์หลาย ๆ ด้าน หรือผู้เชี่ยวชาญต่าง ๆ^{๓๐๓}

๓. **ดุลพินิจในขั้นตอนการตัดสินใจ** (ตำราบางประเทศ เรียกว่า ดุลพินิจในส่วนผลทางกฎหมาย ดุลพินิจตัดสินใจ หรือดุลพินิจบริหาร) เมื่อฝ่ายปกครองวินิจฉัยข้อเท็จจริงและปรับบทกฎหมายเสร็จแล้ว ข้อพิจารณาต่อไป คือ กฎหมายกำหนดการใช้อำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองไว้อย่างไร กฎหมายอาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองกระทำการได้เพียงประการเดียว แต่โดยทั่วไปฝ่ายปกครองไม่ใช่เครื่องทำงานอัตโนมัติ ฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจบริหารกฎหมายแก่ฝ่ายปกครองโดยกำหนดให้ฝ่ายปกครองเลือกกระทำการได้หลายประการเพื่อให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องเฉพาะราว อาจอยู่ในรูปกระทำการหรือदनวันกระทำการก็ได้ ตัวบทกฎหมายอาจกำหนดให้เลือกกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดในสองอย่างหรือมากกว่านั้นขึ้นไป หรือเลือกกระทำการภายในขอบเขตที่กำหนดก็ได้ฝ่ายปกครองย่อมมีดุลพินิจกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตนซึ่งบทบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองเป็น ๒ ประการ

๓.๑ ดุลพินิจตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจหรือไม่ ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองโดยใช้ถ้อยคำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “อาจ...ก็ได้” “สามารถ” หรือ “ควรจะ”^{๓๐๔} เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๑๐/๒๕๐๗ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา ๖๑ ให้อำนาจอธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจเรียกโฉนดที่ดินหรือเอกสารที่ได้จดทะเบียนสิทธิไว้โดยคลาดเคลื่อนอันไม่ชอบด้วยกฎหมายมาแก้ไขให้ถูกต้องหรือเพิกถอนเสียได้แต่อธิบดีกรมที่ดินจะใช้อำนาจตามมาตรานี้หรือไม่ย่อมอยู่ในดุลพินิจของอธิบดีแต่เมื่ออธิบดีจะไม่ใช้อำนาจนี้ก็ไม่ใช่เป็นการละเมิดต่อผู้ครอบครองที่ดินที่อ้างว่าโฉนดออกทับที่ดินของตนโดยไม่ถูกต้องเพราะกฎหมายมิได้กำหนดหน้าที่ให้อธิบดีจำต้องกระทำ

ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. ๒๕๑๒ มาตรา ๔๐

“มาตรา ๔๐ เมื่อปรากฏว่าผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎกระทรวง ประกาศ หรือเงื่อนไขที่ออกหรือกำหนดตามความในพระราชบัญญัตินี้ หรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งสั่งตามพระราชบัญญัตินี้ ปลัดกระทรวงหรือผู้ซึ่งปลัดกระทรวงมอบหมายให้ออกใบอนุญาตมีอำนาจสั่งพักใช้ใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานได้ โดยมีกำหนดระยะเวลาตามที่เห็นสมควร

ในกรณีดังกล่าวในวรรคหนึ่ง ถ้าการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามนั้นเป็นการร้ายแรง ปลัดกระทรวงหรือผู้ซึ่งปลัดกระทรวงมอบหมายให้ออกใบอนุญาตจะสั่งเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานเสียก็ได้”

พระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. ๒๕๔๙ มาตรา ๒๖

“มาตรา ๒๖ ถ้ามีสัตว์ที่ไม่ปรากฏเจ้าของ ป่วยหรือตายโดยโรคระบาดในที่สาธารณะหรือที่ดินที่ไม่ปรากฏเจ้าของ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ สารวัตร หรือสัตวแพทย์มีอำนาจกักสัตว์หรือซากสัตว์นั้นไว้ ณ ที่ที่เห็นสมควรภายในบริเวณที่นั้นได้ สำหรับซากสัตว์นั้นเมื่อเห็นสมควรจะฝังเสียก็ได้

^{๓๐๓} กมลชัย รัตนสกววงศ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๔๔, หน้า ๗๓ - ๗๔

^{๓๐๔} เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. ๒๕๓๔, หน้า ๕๖

ในกรณีจำเป็นเพื่อป้องกันมิให้โรคระบาดแพร่หลาย สัตวแพทย์จะทำลายสัตว์หรือซากสัตว์ หรือฝังซากสัตว์นั้นภายในบริเวณที่นั้นก็ได้

เมื่อปรากฏเจ้าของในภายหลัง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ สารวัตร หรือสัตวแพทย์ มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายเท่าที่จ่ายจริงจากเจ้าของสัตว์ได้”

พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ มาตรา ๘

“มาตรา ๘ ภายในกำหนดอายุแห่งพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามมาตรา ๖ เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่ที่มีสิทธิเข้าไปในที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นที่อยู่ภายในเขตที่ดินตามแผนที่เพื่อกระทำการที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อทำการสำรวจและเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่จะต้องเวนคืนที่แน่นอน แต่ต้องแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว ทราบถึงกิจการที่จะต้องกระทำล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสิบห้าวันก่อนเริ่มกระทำการนั้น และผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวขอที่จะได้รับค่าทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากกิจการที่ต้องกระทำนั้น”

หากฝ่ายนิติบัญญัติไม่ประสงค์ให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจ ก็จะมีบัญญัติกฎหมายโดยใช้กฎหมายโดยใช้ถ้อยคำว่า “ต้อง” หรือ “ให้” ทำให้ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจใช้อำนาจเท่านั้นไม่มีทางเลือกตัดสินใจไม่ใช้อำนาจ

ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. ๒๔๗๘ มาตรา ๘

“มาตรา ๘ เมื่อได้รับจดทะเบียนสมรสหรือหย่าโดยความยินยอม นายทะเบียนต้องออกใบสำคัญแสดงการจดทะเบียนนั้นมอบให้ฝ่ายละฉบับโดยไม่เรียกค่าธรรมเนียม”

พระราชบัญญัติควบคุมอาหาร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๒๕

“มาตรา ๒๕ ในกรณีที่มีการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคารมีลักษณะหรืออยู่ในประเภทที่ได้กำหนดเป็นวิชาชีพวิศวกรรมควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพวิศวกรรม หรือเป็นวิชาชีพสถาปัตยกรรมควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพสถาปัตยกรรม ถ้าวิศวกรหรือสถาปนิกผู้รับผิดชอบในการนั้นตามที่ระบุในคำขอไม่เป็นผู้ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุมหรือวิชาชีพสถาปัตยกรรมควบคุมตามกฎหมายดังกล่าว แล้วแต่กรณี ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นปฏิเสธไม่รับพิจารณาคำขอนั้น”

๓.๒ ดุลพินิจเลือกการกระทำ เมื่อฝ่ายปกครองตัดสินใจใช้อำนาจแล้วฝ่ายนิติบัญญัติอาจบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจต่อไปว่าจะเลือกการกระทำประการใดในหลาย ๆ ประการ

๓.๒.๑ ดุลพินิจเลือกกระทำการอย่างหนึ่งในหลาย ๆ ประการที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้เกิดความเหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๙๙๒/๒๕๓๓ จำเลยก่อสร้างต่อเติมอาคารพิพาทโดยฝ่าฝืน พ.ร.บ. ควบคุมอาคารฯ และฝ่าฝืนข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครเรื่องควบคุมการก่อสร้างอาคารฯ และการกระทำของจำเลยไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ โจทก์จึงมีอำนาจสั่งให้รื้อถอนอาคารพิพาทได้ตาม พ.ร.บ. ควบคุมอาคารฯ มาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง มิใช่มีอำนาจเพียงสั่งให้จำเลยยื่นคำขอรับใบอนุญาตให้ถูกต้องตามมาตรา ๔๓ เท่านั้น

ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๑๐๓ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๑๐๔ วรรคหนึ่ง

“มาตรา ๑๐๓ ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ให้ผู้บังคับบัญชาสั่งลงโทษภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน หรือลดขั้นเงินเดือน ตามควรแก่กรณีให้เหมาะสมกับความผิด ถ้ามีเหตุอันควรลดหย่อน จะนำมาประกอบการพิจารณาลดโทษก็ได้ แต่สำหรับการลงโทษภาคทัณฑ์ให้ใช้เฉพาะกรณีกระทำความผิดวินัยเล็กน้อย หรือมีเหตุอันควรลดหย่อน ซึ่งยังไม่ถึงกับจะต้องถูกลงโทษตัดเงินเดือน ถ้าผู้บังคับบัญชาเห็นว่าผู้นั้นควรจะต้องได้รับโทษสูงกว่าที่ตนมีอำนาจสั่งลงโทษ ให้รายงานต่อผู้บังคับบัญชาของผู้นั้นที่มีอำนาจเพื่อให้พิจารณาดำเนินการเพื่อลงโทษตามควรแก่กรณี”

“มาตรา ๑๐๔ ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงให้ผู้บังคับบัญชาสั่งลงโทษปลดออก หรือไล่ออก ตามความร้ายแรงแห่งกรณี ถ้ามีเหตุอันควรลดหย่อน จะนำมาประกอบการพิจารณาลดโทษก็ได้ แต่ห้ามมิให้ลดโทษลงต่ำกว่าปลดออก...”

พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. ๒๕๐๙ มาตรา ๒๑

“มาตรา ๒๑ ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการขาดคุณสมบัติที่ดี ดำเนินกิจการสถานบริการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ดำเนินกิจการสถานบริการโดยไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ หรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ก็ดี พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจไม่ต่ออายุใบอนุญาตหรือสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตได้

การสั่งพักใช้ใบอนุญาต ให้สั่งพักได้ครั้งละไม่เกินสามสิบวัน”

๓.๒.๒ คุณพิณิจเลือกการกระทำได้เองภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้กำหนดเจาะจงลักษณะของการกระทำให้แก่ฝ่ายปกครองแต่กำหนดให้ฝ่ายปกครองเลือกลักษณะของการกระทำเองตามความจำเป็น

ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติป้องกันภัยฝ่ายพลเรือน พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๓๒

“มาตรา ๓๒ ในกรณีที่สาธารณภัย ภัยทางอากาศ หรือการก่อวินาศกรรมเกิดขึ้น หรือใกล้จะเกิดขึ้น ให้ผู้อำนวยการป้องกันภัยฝ่ายพลเรือนในเขตท้องที่ที่ได้รับผิดชอบหรือเจ้าหน้าที่ป้องกันภัยฝ่ายพลเรือนที่ได้รับมอบหมายมีอำนาจหน้าที่ตามความจำเป็นดังต่อไปนี้

(๑) สั่งข้าราชการฝ่ายพลเรือน สมาชิกหน่วยอาสาสมัคร และบุคคลใด ๆ ในเขตท้องที่ให้ปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่งในการป้องกันและบรรเทาอันตรายหรือความเสียหาย ทั้งนี้ นอกจากบุคคลที่รัฐมนตรีประกาศยกเว้น

(๒) สั่งใช้สถานที่ วัสดุ อุปกรณ์ เครื่องมือและเครื่องใช้ทางราชการฝ่ายพลเรือน หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจและเอกชน ที่อยู่ในเขตท้องที่นั้น

(๓) สั่งใช้ยานพาหนะของทางราชการฝ่ายพลเรือน หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ และเอกชน ที่อยู่หรือเข้าไปในเขตท้องที่นั้น

(๔) สั่งใช้เครื่องมือสื่อสารทุกระบบที่อยู่ในเขตท้องที่นั้น

(๕) สั่งหรือจัดทำการพรางอาคารสถานที่ ตลอดจนการพรางและการควบคุมแสงไฟ

(๖) สั่งห้ามเข้าบริเวณหรือสถานที่ที่กำหนด

(๗) อำนาจการและควบคุมการสงเคราะห์ผู้ประสบภัยให้เป็นระเบียบโดยทั่วถึงและรวดเร็ว”

๖. การควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองในประเทศไทย

๖.๑ ระบบการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ระบบการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในประเทศไทยนั้น อาจจำแนกออกได้เป็นสองลักษณะโดยใช้เกณฑ์องค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบมาเป็นหลักพิจารณา กล่าวคือ การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง และการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก สำหรับการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองนั้น ได้แก่ การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ชั้นต้นโดยผู้บังคับบัญชา โดยมีหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๔๖^{๑๐๓} แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งมีขอบเขตการตรวจสอบอย่างกว้างขวางครอบคลุมถึงการทบทวนความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชั้นต้นด้วย

๖.๒ การควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง

จากเหตุผลในเรื่องข้อจำกัดในการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครอง โดยศาลยุติธรรม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ จึงได้กำหนดให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเป็นอีกระบบศาลหนึ่งเพื่อทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครองโดยเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตลอดจนเพื่อสร้างบรรทัดฐานที่ถูกต้องในการปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครอง^{๑๐๔} โดยเขตอำนาจของศาลปกครองนั้นโดยรวมแล้วเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๖^{๑๐๕} (ปัจจุบันอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครองบัญญัติไว้ในมาตรา ๑๙๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐) และตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙ โดยกำหนดลักษณะคดีปกครองไว้หลายประเภทไม่ว่าจะเป็นกรณีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือการสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร รวมทั้ง การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

^{๑๐๓} มาตรา ๔๖ ในการพิจารณาอุทธรณ์ ให้เจ้าหน้าที่พิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มภาระหรือลดภาระหรือใช้ดุลพินิจแทนในเรื่องความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครองหรือมีข้อกำหนดเป็นเงื่อนไขอย่างไรก็ได้

^{๑๐๔} โภคิน พลกุล, “สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง” วารสารกฎหมายปกครอง, ปีที่ ๑ ฉบับที่ ๑ (ม.ค. - เม.ย. ๒๕๔๔) หน้า ๖๓

^{๑๐๕} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐

มาตรา ๒๗๖ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำ หรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

กล่าวโดยสรุปแล้ว ศาลปกครองจะเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง เพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมนั่นเอง^{๑๐๐}

สำหรับการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งถือเป็นเรื่องสำคัญเรื่องหนึ่งในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ในมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) ได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ การออกคำสั่ง หรือโดยการกระทำอื่นใด ซึ่งบทบัญญัติในอนุมาตราดังกล่าวได้กล่าวถึงเหตุต่าง ๆ ที่ทำให้การกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายรวม ๑๐ ประการ^{๑๐๑} ได้แก่ (๑) การกระทำโดยไม่มีอำนาจ (๒) การกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ (๓) การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย (๔) การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน (๕) การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น (๖) การกระทำโดยไม่สุจริต (๗) การกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (๘) การกระทำที่มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น (๙) การกระทำที่สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร (๑๐) การกระทำที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

^{๑๐๐} พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

มาตรา ๙ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(๑) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(๒) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(๓) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(๔) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(๕) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด

(๖) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง
เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

(๑) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

(๒) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการ
ฝ่ายตุลาการ

(๓) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชั้นอุทธรณ์

^{๑๐๑} โภคิน พลกุล, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๐๔, หน้า ๙๔ - ๙๘

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้บัญญัติรับรองอำนาจของศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจที่มีขอบของฝ่ายปกครองในฐานะเป็นเหตุประการหนึ่งที่ทำให้การกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นเหตุให้ศาลปกครองสามารถสั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่ง หรือสั่งห้ามการกระทำนั้น ๆ ตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง^{๑๐๘}ได้ อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่า นอกเหนือจากคำว่า “...เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ” แล้ว พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) ยังได้บัญญัติเกี่ยวกับเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายประการอื่น ๆ ซึ่งอาจถือเป็นเหตุที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วยเช่นกัน เช่น การกระทำโดยไม่สุจริต^{๑๐๙} การกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม^{๑๑๐} การกระทำที่สร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชนเกินสมควร^{๑๑๑} ซึ่งจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไว้หลายประการ และมีความสอดคล้องกับหลักการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองในต่างประเทศ นอกจากนี้ การบัญญัติถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองประการสุดท้าย คือ การกระทำที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบนั้น ก็เพื่อให้ครอบคลุมถึงการใช้ดุลพินิจที่มีขอบด้วยเหตุประการอื่น ๆ นอกเหนือจากที่ระบุไว้ดังกล่าวแล้วนั่นเอง

สำหรับกระบวนการในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองนั้นโดยที่ศาลปกครองเป็นองค์กรตุลาการ การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองจึงจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิได้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง (ตามหลัก-ไม่มีศาลโดยไม่มีผู้ฟ้องร้อง)^{๑๑๒} อย่างไรก็ดี ในการที่ประชาชนจะยื่นฟ้องให้ศาลปกครองตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นก็จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้กำหนดไว้ด้วย ซึ่งเงื่อนไขการฟ้องคดีประการสำคัญ ๆ ได้แก่

^{๑๐๘}พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒

มาตรา ๗๒ ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(๑) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วนในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑)

(๒) สั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

(๓) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการโดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(๔) สั่งให้ถือปฏิบัติต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่มีการฟ้องให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงความเป็นอยู่ของสิทธิหรือหน้าที่นั้น

(๕) สั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย

^{๑๐๙}คือ การใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือน

^{๑๑๐}คือ การใช้ดุลพินิจที่ขัดกับหลักความเสมอภาค

^{๑๑๑}คือ การใช้ดุลพินิจที่ขัดกับหลักความได้สัดส่วน

^{๑๑๒}กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๘๐, หน้า ๒๕๕

- ผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง^{๓๑๓} กล่าวคือ กล่าวคือ จะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหาย โดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้จากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของฝ่ายปกครอง อันเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายนั้นต้องมีค่าบังคับตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๗๒^{๓๑๔}

- ผู้ฟ้องคดีจะต้องดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดสำหรับการนั้นก่อนที่จะฟ้องคดี ซึ่งเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๔๒ วรรคสอง^{๓๑๕}

- ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งในกรณีการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น ระยะเวลาการฟ้องคดีย่อมเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๔๙^{๓๑๖} กล่าวคือ จะต้องฟ้องคดีภายใน ๙๐ วัน นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี

๗. หลักเกณฑ์ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย

(๑) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจอย่างแท้จริง

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในกรณีใด ย่อมหมายความว่าฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าในกรณีนั้นดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นสิ่งจำเป็น จึงได้ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองเพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้วิจารณญาณในการตัดสินใจให้เหมาะสมกับกรณีเฉพาะเรื่องมากที่สุด ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมิได้มีเสรีภาพที่จะใช้ดุลพินิจหรือไม่ก็ได้ ในทางตรงกันข้ามในกรณีเช่นนี้ฝ่ายปกครองก็ผูกพันที่จะต้องใช้อำนาจดุลพินิจอย่างแท้จริงเช่นกัน โดยการควบคุมดังกล่าวอาจแยกได้เป็นหลายกรณี ดังนี้

^{๓๑๓}พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒

มาตรา ๔๒ ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา ๙ และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีค่าบังคับตามที่กำหนดในมาตรา ๗๒ ผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

^{๓๑๔}โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๐๐

^{๓๑๕}พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒

มาตรา ๔๒ ๓๑๖

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้นหรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด

^{๓๑๖}พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒

มาตรา ๔๙ การฟ้องคดีปกครองจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี หรือนับแต่วันที่พ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือ

ได้รับแต่เป็นคำชี้แจงที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่มีเหตุผล แล้วแต่กรณี เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

(๑.๑) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจดุลพินิจตามที่กฎหมายกำหนด จะปฏิเสธไม่ใช้ดุลพินิจไม่ได้ กล่าวคือ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ ในการตัดสินใจกระทำการ ฝ่ายปกครองก็จำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจดุลพินิจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หากฝ่ายปกครองสั่งการโดยไม่ใช้ดุลพินิจก็ย่อมเป็นเหตุให้การสั่งการดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย และอาจถูกเพิกถอนโดยศาลปกครองได้ ตัวอย่างเช่น การที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้สั่งยกเลิก การประกวดราคาโดยไม่ให้เหตุผลว่ามีผู้เข้าร่วมเสนอราคาเพียงรายเดียว ทั้งที่ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง มิได้กำหนดไว้อย่างเคร่งครัดให้ต้องยกเลิกการประกวดราคาในทุกกรณี แต่ได้ให้อำนาจที่จะดำเนินการ ต่อไปได้หากคณะกรรมการเห็นว่ามิได้มีเหตุผลสมควร หากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสั่งยกเลิก การประกวดราคานั้นโดยไม่ปรากฏว่าได้มีการพิจารณาข้อเท็จจริงที่จะทำให้ไม่ต้องยกเลิกการ ประกวดราคานั้นแต่อย่างใด คำสั่งดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย^{๑๑๗}

(๑.๒) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยคำนึงถึงข้อเท็จจริง ในแต่ละกรณีอย่างรอบด้าน การพิจารณาข้อเท็จจริงอย่างครบถ้วนรอบด้านถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับ การใช้อำนาจรัฐโดยชอบด้วยกฎหมาย หากฝ่ายปกครองมิได้พิจารณาข้อเท็จจริงอย่างครบถ้วนและรอบ ด้านแล้วใช้ดุลพินิจไป ย่อมทำให้การใช้ดุลพินิจดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ดังเช่นในกรณีการยกเลิก การประกวดราคาตาม (๑.๑) ข้างต้น เหตุผลประการหนึ่งที่ทำให้การยกเลิกดังกล่าวไม่ชอบด้วย กฎหมายก็สืบเนื่องมาจากการไม่ปรากฏว่าได้มีการพิจารณาข้อเท็จจริงที่ควรนำมาพิจารณาประกอบ การสั่งการ เช่น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับจำนวนผู้ซื้อของประกวดราคา เหตุผลที่ผู้มาเสนอราคาเพียงรายเดียว ตลอดจนราคาที่เอกชนผู้เข้าประกวดราคารายเดียวนั้นเสนอ ก่อนการสั่งยกเลิกการประกวดราคา แต่อย่างใด^{๑๑๘}

(๑.๓) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจของตนอย่างอิสระ ในกรณีที่ ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจและมีการกำหนดนโยบายในการใช้ดุลพินิจเป็นแนวปฏิบัติภายในฝ่ายปกครอง ที่เรียกว่า “ยี่ตอก” เอาไว้ ในกรณีเช่นนี้ในทางกฎหมายปกครองไม่ยอมรับการออกคำสั่งตามแนวปฏิบัติ ในการใช้ดุลพินิจอย่างหลับลับตา เนื่องจากจะทำให้ในกรณีนั้น ๆ ไม่มีการใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง เพราะไม่ได้มีการพิจารณาข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเรื่องนั้น ๆ อย่างรอบด้านและตัดสินใจสั่งการโดยวาง อยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น ๆ ซึ่งทำให้อำนาจดุลพินิจที่กฎหมายมอบให้แก่ฝ่ายปกครอง ในกรณีดังกล่าวถูกแปลงไปเป็นอำนาจผูกพันแทน ซึ่งศาลในต่างประเทศมักจะเพิกถอนคำสั่ง ทางปกครองที่ออกโดยยึดถือแนวปฏิบัติในลักษณะนี้เสมอและในประเทศไทยหลักการดังกล่าวก็ได้รับการ ยอมรับเช่นกัน อย่างไรก็ตาม แนวปฏิบัติภายในฝ่ายปกครองที่กำหนดนโยบายในการใช้ดุลพินิจ ย่อมมีประโยชน์ในด้านช่วยส่งเสริมให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ที่มีความเป็นเอกภาพ เพื่อมิให้เกิด การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ดังนั้น การออกคำสั่งทางปกครองโดยอ้างอิงตามแนวปฏิบัติจะถือว่าเป็น การใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายได้ หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ได้พิจารณาข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะ เรื่องนั้นแล้ว และเห็นว่าไม่มีลักษณะพิเศษเพียงพอที่จะวินิจฉัยสั่งการให้แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ ในแนวปฏิบัติได้ แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งโดยมิได้พิจารณาในประเด็นดังกล่าวเลย การใช้ดุลพินิจในกรณีนั้น ๆ ก็ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย

^{๑๑๗} คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ ๑๑๔๐/๒๕๔๔

^{๑๑๘} ดูคดีเดียวกัน

(๒) การควบคุมตรวจสอบในเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ

ในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง แม้ว่าฝ่ายปกครองจะมีอิสระในการตัดสินใจมากกว่าในกรณีที่มิให้อำนาจผูกพัน แต่การใช้อำนาจดังกล่าวก็ยังต้องผูกพันกับกฎหมายตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลปกครองได้นำหลักเกณฑ์การควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามหลักความได้สัดส่วน และได้วางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมในบางประการ ดังนี้

(๒.๑) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจตามหลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วน (หรือบางครั้งเรียกว่าหลักพอสมควรแก่เหตุ) เป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่มีความสำคัญและได้รับการรับรองไว้โดยมาตรา ๒๖ แห่งรัฐธรรมนูญ^{๑๙๙} ซึ่งผูกพันต่อการใช้อำนาจขององค์กรทุกองค์กร ในแง่ของกฎหมายปกครองหลักดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยการพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนจะประกอบด้วยหลักเกณฑ์ย่อย ๓ ประการ กล่าวคือ^{๒๐๐}

ก. หลักสัมฤทธิ์ผล (หรือบางครั้งเรียกว่าหลักความเหมาะสม) หมายถึง คำสั่งหรือการกระทำทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกมาใช้นั้นจะต้องสามารถนำไปสู่ผลที่ฝ่ายปกครองต้องการได้ หากฝ่ายปกครองใช้มาตรการที่เห็นได้ชัดว่าไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ฝ่ายปกครองต้องการได้อย่างแน่แท้ย่อมถือว่าการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ

ข. หลักความจำเป็น หมายความว่า คำสั่งหรือการกระทำทางปกครองที่ฝ่ายปกครองเลือกมาใช้นั้น นอกจากจะต้องเป็นมาตรการที่สามารถนำไปสู่ผลที่ฝ่ายปกครองต้องการแล้ว จะต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อนิติสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด กล่าวคือ หากมีมาตรการอื่น ๆ ที่อาจนำไปสู่ผลที่ต้องการได้เช่นเดียวกันโดยมีผลกระทบต่อนิติสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่ามาตรการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ ย่อมถือว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีนั้นขัดกับหลักความจำเป็น

ค. หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เป็นขั้นตอนสุดท้ายในการพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วน โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับจากการออกคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองนั้นกับความเสียหายที่จะเกิดกับเอกชนหรือส่วนรวมในกรณีนั้น ๆ ซึ่งหากผลกระทบที่จะเกิดขึ้นนั้นรุนแรงและเห็นได้ชัดว่ามีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับจากมาตรการนั้น ๆ ย่อมถือว่าขัดกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้

^{๑๙๙}รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐

มาตรา ๒๖ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

^{๒๐๐}วราพจน์ วิศวพิชญ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๗๙, หน้า ๓๑ - ๓๘

ศาลปกครองได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เพื่อตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีต่าง ๆ เช่น ในกรณีที่มีการฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนเพื่อสร้างทางหลวงแผ่นดิน ซึ่งมีได้ยึดถือตามแนวกั้นที่กำหนดไว้ในผังเมืองร่วนนั้น ศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจในการกำหนดแนวเขตถนนดังกล่าวของหน่วยงานทางปกครอง โดยศาลได้พิจารณาว่าหน่วยงานผู้ถูกฟ้องคดีได้มีการศึกษาและสำรวจการวางแนวกั้นตามผังเมืองร่วนแล้ว เห็นว่ามีความไม่เหมาะสมทางวิศวกรรมศาสตร์และเศรษฐศาสตร์ จึงได้ปรับแนวกั้นตามความเหมาะสม โดยคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน ซึ่งทำให้แนวเขตถนนที่กำหนดใหม่มีผู้ถูกเวนคืนน้อยรายกว่าและต้องจ่ายค่าเวนคืนน้อยกว่าแนวเขตถนนที่กำหนดไว้ในผังเมืองร่วน การกำหนดแนวเขตถนนในกรณีนี้ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว^{๑๒๑}

สำหรับกรณีที่มีการฟ้องขอให้เพิกถอนประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ที่ห้ามใช้เครื่องมือประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูวางไข่ในบางเขตพื้นที่นั้น ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้พิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า แม้มาตรการที่กำหนดไว้จะมีผลกระทบต่อผู้มีอาชีพประมงในบริเวณนั้นก็ตาม แต่ก็ถือว่าไม่มีมาตรการใดที่จะดำเนินการให้บรรลุผลในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้เท่ากับมาตรการดังกล่าว แม้ผู้ฟ้องคดีซึ่งมีอาชีพประมงจะได้รับผลกระทบจากการสูญเสียรายได้ก็เป็นระยะเวลาเพียง ๓ เดือน โดยผู้ฟ้องคดีก็ยังอาจปรับเปลี่ยนวิธีหรือเขตพื้นที่เพื่อทำการประมงในระยเวลาดังกล่าวได้ มาตรการดังกล่าวจึงมิได้มีผลกระทบสาระสำคัญในการประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดี และเมื่อพิจารณาแล้วมาตรการดังกล่าวจะเกิดผลประโยชน์แก่สาธารณะมากกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับ จึงถือเป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบแล้ว^{๑๒๒}

นอกจากนี้ยังมีกรณีอื่น ๆ ที่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และศาลนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เช่น การฟ้องโต้แย้งกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติการผังเมือง ซึ่งทำให้ที่ดินของผู้ฟ้องคดีถูกกำหนดเป็นพื้นที่สีเขียวอ่อน อันมีข้อจำกัดในการใช้ประโยชน์ในบางประการ^{๑๒๓} การฟ้องโต้แย้งกฎกระทรวงที่กำหนดให้มคคเทศก์ต้องเข้ารับการฝึกอบรมวิชาแม่คคเทศก์^{๑๒๔} เป็นต้น

(๒.๒) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยเคารพหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคถือเป็นหลักกฎหมายที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้อย่างเข้มงวด ในมาตรา ๒๗^{๑๒๕} ของรัฐธรรมนูญฯ โดยผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งหลาย ในส่วนขององค์กรฝ่ายปกครองนั้นก็ต้องผูกพันต่อ

^{๑๒๑} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ.๑๖/๒๕๕๕

^{๑๒๒} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.๕๑/๒๕๕๗

^{๑๒๓} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ.๑๘/๒๕๕๕

^{๑๒๔} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ.๑๕/๒๕๕๕

^{๑๒๕} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐

มาตรา ๒๗ บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

ฯลฯ

ฯลฯ

หลักดังกล่าว โดยมีหลักการว่า ฝ่ายปกครองจะปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกันโดยอำเภอใจไม่ได้ หรือจะปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้เหมือนกันโดยอำเภอใจไม่ได้เช่นกัน โดยการปฏิบัติโดยอำเภอใจหรือการเลือกปฏิบัตินั้น หมายถึง การปฏิบัติที่ไม่อาจหาเกณฑ์ที่แสดงถึงความแตกต่างระหว่างกรณีสองกรณีมาอธิบายอย่างสมเหตุสมผลได้^{๓๖๖}

การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ขัดกับหลักความเสมอภาคย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นอาจถูกเพิกถอนได้ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองได้เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคในกรณีมีการใช้ดุลพินิจในหลายคดี เช่น กรณีมีการฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎกระทรวงที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในที่ดินซึ่งเป็นเกาะ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าถือเป็นการวางกฎเกณฑ์การออกโฉนดที่ดินในที่ดินเกาะใช้บังคับกับกรณีการครอบครองที่ดินที่เกาะ ซึ่งผู้ครอบครองยังมิได้มีหลักฐานแจ้งการครอบครองทุกแห่งเสมอเหมือนกัน มิได้มีการเลือกปฏิบัติกับผู้ครอบครองรายหนึ่งรายใดหรือเกาะหนึ่งเกาะใดโดยเฉพาะ กฎกระทรวงดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค^{๓๖๗} กรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค เช่น ในกรณีการวินิจฉัยคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการฯ โดยผู้ถูกฟ้องคดีใช้ดุลพินิจวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้สมัครสอบเป็นผู้ขาดคุณสมบัติ เนื่องจากมีร่างกายหรือจิตใจที่ไม่เหมาะสมสำหรับการเป็นข้าราชการอัยการ ในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องมีเหตุผลหนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังด้วยว่าผู้สมัครสอบคัดเลือกรายนั้นมีร่างกายหรือจิตใจที่ไม่เหมาะสมอย่างไร เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีมิได้พิจารณาถึงความสามารถที่แท้จริงในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดี จึงไม่มีเหตุผลหนักแน่นควรค่าแก่การรับฟัง เมื่อดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดี^{๓๖๘}

นอกจากนี้ ศาลปกครองยังได้ยอมรับ “หลักการเคารพต่อกฎเกณฑ์ที่ตนเองกำหนดขึ้น” ซึ่งถือเป็นหลักการย่อยของหลักความเสมอภาค ภายใต้หลักการนี้ฝ่ายปกครองต้องถูกผูกพันต่อกฎเกณฑ์ที่ตนสร้างขึ้นโดยคำสั่งเฉพาะรายที่ตนออกมาจะต้องไม่ฝ่าฝืนกับกฎเกณฑ์ที่ตนกำหนดไว้เป็นการทั่วไป ดังในกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดเคยวินิจฉัยว่าข้ออ้างของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ (คณะกรรมการสรรหากรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ) ที่ว่าหลักเกณฑ์หรือวิธีการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ใช้ในการดำเนินการคัดเลือกเป็นเพียงแนวทางหรือวิธีการในการดำเนินการภายในระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ด้วยกันเองนั้น คำชี้แจงดังกล่าวไม่มีเหตุผลและปราศจากน้ำหนักแห่งความน่าเชื่อถือ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความบกพร่องในการกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางหรือวิธีการที่ตนเองตั้งขึ้น อันจะเป็นช่องทางนำไปสู่การดำเนินการที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบหรือไม่สุจริต^{๓๖๙} หรือในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ประกาศรับสมัครสอบคัดเลือกบุคคลเพื่อบรรจุแต่งตั้งเข้ารับราชการครู โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้เรียกบรรจุแต่งตั้งผู้ขึ้นบัญชีไว้ในลำดับถัดไปได้ โดยมีได้มีเงื่อนไขให้ต้องไปทำการคัดเลือกในตำแหน่งเดิมอีกครั้งหนึ่ง ผู้ถูกฟ้องคดีต้องเรียก

^{๓๖๖} วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๗๙, หน้า ๓๙

^{๓๖๗} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดง ที่ อ.๑๔๒/๒๕๕๗

^{๓๖๘} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดง ที่ พ.๘-๑๐/๒๕๕๖

^{๓๖๙} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดง ที่ พ.๘-๑๐/๒๕๕๖ นอกจากนี้ โปรดดูคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ ๑๒/๒๕๕๘

ผู้ฟ้องคดีเข้ารายงานตัวเพื่อบรรจุและแต่งตั้งในตำแหน่งดังกล่าว ซึ่งถือว่าเป็นหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ต้องผูกพันกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยไม่อาจใช้ดุลพินิจให้แตกต่างกันไปได้^{๓๐}

๘. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

๘.๑ บทสรุป

การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองถือเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อให้ฝ่ายปกครองนั้นสามารถดำเนินการต่าง ๆ ตามภารกิจของรัฐให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามความมุ่งหมายในเรื่องนั้น ๆ โดยฝ่ายปกครองจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจได้ในหลายส่วนทั้งในส่วนดุลพินิจในขั้นตอนการวินิจฉัยข้อเท็จจริง ดุลพินิจในขั้นตอนปรับบทกฎหมาย และดุลพินิจในขั้นตอนการตัดสินใจ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแล้วฝ่ายปกครองมักประสบปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอยู่หลายประการ ซึ่งสามารถสรุปรายละเอียดของสภาพปัญหาได้ดังนี้

(๑) ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่เหมาะสมกับสภาพข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยสภาพข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอาจเกิดขึ้นได้ในหลายรูปแบบและมีระดับความร้ายแรงแตกต่างกัน รวมทั้งการละเลยไม่บังคับใช้กฎหมาย หรือการบังคับใช้กฎหมายโดยเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรม หรือไม่เสมอภาค ซึ่งเป็นปัจจัยแวดล้อมที่ทำให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในขั้นตอนการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันไป ทำให้เกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายที่มีมาตรฐานแตกต่างกัน

(๒) ปัญหาการขาดหลักเกณฑ์และแนวทางการใช้ดุลพินิจอย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรม ในปัจจุบันพบว่า ปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมักเกิดขึ้นจากความไม่เข้าใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐขาดกรอบในการใช้อำนาจตัดสินใจในการออกคำสั่งทางปกครอง และขาดหลักประกันในการใช้อำนาจว่าจะมีเกณฑ์ในการพิจารณาที่ถูกต้องว่าอย่างไร นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติพบว่า ไม่มีกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติฉบับใดกำหนดลักษณะของการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมีขอบไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับลักษณะของการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมีขอบ ดังนั้น หากมีการกำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางการใช้อำนาจดุลพินิจไว้อย่างชัดเจนและมีประกาศให้ประชาชนทราบย่อมสามารถทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถระบุนเหตุผลในการใช้อำนาจดุลพินิจได้อย่างชัดเจนขึ้นและทำให้ประชาชนผู้รับคำสั่งปกครองเกิดความเชื่อมั่นและมีความมั่นใจในการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

(๓) ปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยบทบัญญัติของกฎหมายบางฉบับได้ใช้บังคับมาเป็นระยะเวลานาน ซึ่งบทบัญญัติบางประการไม่มีความเหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบันที่เกิดขึ้น ดังนั้น เมื่อฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจในขั้นตอนปรับบทกฎหมาย ทำให้ไม่สามารถดำเนินการให้สอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริงในปัจจุบัน ส่งผลกระทบให้การใช้ดุลพินิจเกิดความไม่เป็นธรรมได้

(๔) ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เป็นปัญหาในชั้นการพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นในบางคดี กล่าวคือ ปรากฏกรณีข้อเท็จจริงในบางคดีว่าศาลปกครองได้เข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยไม่ได้พิจารณาในเบื้องต้นเสียก่อนว่ากรณีข้อเท็จจริงในกรณีนั้นถือเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจหรือไม่ แต่กลับข้ามขั้นตอน

^{๓๐} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดง ที่ อ.๖๒/๒๕๔๗

ไปควบคุมตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยมิชอบกฎหมายหรือไม่ ดังนั้น ในเบื้องต้นควรจะได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงให้ได้ความชัดเจนว่ากรณีดังกล่าวนั้นฝ่ายปกครองมีดุลพินิจหรือไม่และเป็นอำนาจดุลพินิจนั้นเป็นประเภทใด

๘.๒ ข้อเสนอแนะ

(๑) ควรเร่งรัดให้มีการจัดทำร่างพระราชบัญญัติเพื่อรองรับการดำเนินการตามมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญโดยเร็ว ทั้งนี้ ในส่วนเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวควรกำหนดให้มีหมวดใดหมวดหนึ่งว่าด้วยการตรวจสอบเนื้อหาของร่างกฎหมาย ซึ่งควรมีการกำหนดหลักการที่สำคัญหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจ เพื่อให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับทราบถึงสาระสำคัญของหลักการและสามารถปรับใช้ดุลพินิจได้อย่างถูกต้องและสอดคล้องกับสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้น ซึ่งถือเป็น *มาตรการระยะยาว* อย่างเป็นรูปธรรม

(๒) คณะรัฐมนตรีอาจมีมติให้ทุกกระทรวงดำเนินการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด ซึ่งถือเป็น *มาตรการระยะสั้น* โดยมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวอาจจะกำหนดแนวทางในการใช้อำนาจดุลพินิจโดยประกาศรายละเอียดให้ประชาชนทราบและหากเจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้ดำเนินการใช้ดุลพินิจตามแนวทางที่กำหนดไว้โดยไม่มีเหตุผลให้ถือว่าเป็นความผิดทางวินัยต่อไป นอกจากนี้ เมื่อได้มีมติคณะรัฐมนตรีออกมาแล้ว หากพบว่ายังมีการดำเนินการที่ผิดพลาดหรือผิดพลาดอย่างเป็นที่ประจักษ์ นายกรัฐมนตรีอาจใช้อำนาจของมาตรา ๑๑ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ ยับยั้งการปฏิบัติราชการใด ๆ ที่ขัดต่อมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวได้

(๓) รัฐควรออกมาตรการส่งเสริมและสนับสนุนให้หน่วยงานทางวิชาการของรัฐ มหาวิทยาลัย หรือสำนักงานศาลปกครอง ได้ศึกษาและวิเคราะห์แนวคำพิพากษาที่วางหลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย และหลักการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจที่เป็นที่ยอมรับในต่างประเทศ เพื่อสรุปสาระสำคัญและเผยแพร่แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้ประชาชนได้รับทราบโดยทั่วไป ซึ่งจะเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากยิ่งขึ้น และเป็นการพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับหลักการตามกฎหมายปกครองให้ได้รับการพัฒนาทางวิชาการต่อไป

(๔) การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องยึดแนวทางตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๔ เมษายน ๒๕๖๐ เป็นสำคัญ แม้ว่าแนวทางตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๔ เมษายน ๒๕๖๐ จะมุ่งเน้นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของร่างกฎหมายและการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ในข้อ ๔.๖ ของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวก็ได้วางหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจไว้ด้วย กล่าวคือ การใช้ดุลพินิจนั้นจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับหลักการสำคัญที่รัฐธรรมนูญรับรอง การใช้ดุลพินิจต้องสอดคล้องกับหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี การใช้ดุลพินิจต้องมีการพิจารณาอย่างรอบคอบโดยอาจปรึกษาหารือหรือรับฟังข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้ที่เกี่ยวข้อง และต้องเปิดโอกาสให้ผู้ที่เกี่ยวข้องได้รับผลกระทบให้ข้อมูลและได้แย้งคัดค้านได้ รวมทั้งต้องแสดงเหตุผลประกอบการใช้ดุลพินิจนั้นไว้ด้วย นอกจากนี้ การใช้ดุลพินิจต้องคำนึงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุ ประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับกับประโยชน์ที่เอกชนต้องเสียไป และความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นแก่เอกชนด้วย เป็นต้น

บทที่ ๔

การกำหนดโทษอาญากับประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย

๑. บทนำ

นับตั้งแต่วันที่ ๖ เมษายน พ.ศ. ๒๕๖๐ เป็นต้นมา ประเทศไทยได้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งได้วางกรอบหน้าที่ต่าง ๆ ที่รัฐพึงมีต่อประชาชน รวมถึงการที่รัฐควรจัดให้มีกฎหมายที่มีคุณภาพ กล่าวคือ การมีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็นและมีเนื้อหาเป็นการสร้างภาระกับประชาชนน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้^{๑๓๑} โดยรัฐธรรมนูญได้ยกประเด็นทางกฎหมายที่ควรได้รับความสำคัญเป็นพิเศษสี่ประเด็น ประกอบด้วย การใช้ระบบอนุญาตเท่าที่จำเป็น การใช้ระบบคณะกรรมการเท่าที่จำเป็น การมีหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย และการกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง^{๑๓๒}

การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรงนั้น คงมีเหตุผลส่วนหนึ่งสืบเนื่องจากปัญหา “กฎหมายอาญาเพื่อ”^{๑๓๓,๑๓๔} กล่าวคือผู้มีอำนาจของไทยมีแนวโน้มที่จะกำหนดให้มีโทษอาญามากจนเกินไป ดังจะเห็นได้จากการที่ประเทศไทยมีกฎหมายที่กำหนดให้มีโทษอาญาอยู่ไม่ต่ำกว่า ๓๕๐ ฉบับ^{๑๓๕} ส่งผลให้ไทยมีผู้ต้องขังเป็นจำนวนมากติดอันดับต้น ๆ ของโลก^{๑๓๖} โดยพบว่า

^{๑๓๑} มาตรา ๗๗ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้า เพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีเท่าที่จำเป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

^{๑๓๒} มาตรา ๗๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, ดูเชิงอรรถที่ ๑๓๑

^{๑๓๓} กฎหมายอาญาเพื่อ หรือ Overcriminalization อาจนิยามให้หมายถึง การกำหนดให้มีโทษทางอาญาเกินความจำเป็น จนส่งผลให้เกิดปัญหาในการบริหารงานยุติธรรมทางอาญา หรือปัญหาอื่น ๆ ในสังคม

^{๑๓๔} สรวิศ ลิ้มปริงซี่, บทที่ ๑ กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับวัตถุประสงค์การลงโทษ: มุมมองจากนิติศาสตร์, ใน: รายงานฉบับสมบูรณ์ เล่มที่ ๓, โครงการการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์, หน้า ๑, ๔-๔

^{๑๓๕} สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, บทนำ, รายงานฉบับสมบูรณ์ เล่มที่ ๑, โครงการการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์, หน้า ๑

^{๑๓๖} ข้อมูลทางสถิติจากเว็บไซต์ของสถาบันวิจัยนโยบายอาญา วิทยาลัยกฎหมายเบิร์คเบค มหาวิทยาลัยลอนดอน (Institute for Criminal Policy Research, School of Law, Birkbeck, University of London) ระบุว่าประเทศไทยมีจำนวนผู้ต้องขัง ๓๐๘,๐๘๓ คน (ข้อมูล ณ วันที่ ๑ กันยายน ๒๕๖๐) ซึ่งมีจำนวนมากเป็นอันดับ ๖ ของโลก และเป็นอันดับ ๓ ของทวีปเอเชีย (<http://www.prisonstudies.org/country/thailand>)

ในกฎหมายที่มีการกำหนดโทษอาญานั้น ได้กำหนดโทษอาญาไว้ทั้งกับความผิดที่ร้ายแรง^{๑๓๗} และความผิดที่ไม่ร้ายแรง^{๑๓๘} ทั้งกับความผิดที่ขัดกับหลักศีลธรรมอย่างชัดแจ้ง (*mala in se*)^{๑๓๙} และความผิดที่ถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมาย (*mala prohibita*)^{๑๔๐} ซึ่งสำหรับบางความผิดที่กล่าวมา รัฐอาจดำเนินการเพื่อบังคับให้มิใช่เป็นการป้องปรามหรือจัดให้มีการเยียวยาโดยกลไกอื่นนอกเหนือจากการใช้โทษอาญาได้ แต่การที่รัฐเลือกใช้โทษอาญามากเกินไปจนเกิดปัญหากฎหมายอาญาเพื่อตั้งที่กล่าวแล้วนั้น นอกจากจะส่งผลให้มีค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่มากขึ้น^{๑๔๑} ทำให้เกิดความซ้ำซ้อนของการเอาผิดลงโทษ^{๑๔๒} รวมทั้งทำให้เกิดปัญหากับการบังคับใช้กฎหมายแล้ว^{๑๔๓} การมีกฎหมายอาญาที่มากเกินไปจนความจำเป็นอาจส่งผลกระทบทางอ้อมที่เป็นลบต่อเศรษฐกิจและสังคม และส่งผลเป็นการลดทอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตที่รัฐในระบอบเสรีประชาธิปไตยพึงกระทำอีกด้วย^{๑๔๔} ด้วยเหตุดังกล่าวจึงสมควรที่รัฐจะให้ความสำคัญกับประเด็นการกำหนดโทษอาญาให้เหมาะสม โดยควรตั้งคำถามว่าจะเลือกใช้

^{๑๓๗} ความผิดที่ร้ายแรง (Felony, Verbrechen) ดู: Wayne R. LaFave/Austin W. Scott, Jr., *Criminal Law*, 2nd Ed., St. Paul (Minn), West Publishing Co., 1986, Ch.1 § 1.6 (a) (e), p. 30-31

^{๑๓๘} ความผิดที่ไม่ร้ายแรง (Misdemeanor, Petty Offences, Vergehen) ในที่นี้หมายถึงความผิดลหุโทษหรือความผิดอื่น ๆ ที่อาจลงโทษด้วยวิธีการอื่นนอกเหนือจากโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายอาญาได้ (ดู Wayne R. LaFave/Austin W. Scott, Jr., อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๓๗, Ch.1 § 1.6 (a) (e), p. 30-31, 36-37)

^{๑๓๙} ความผิดแบบ *malum in se* หมายถึง ความผิดที่จัดเป็นความผิดที่มีความชั่วร้ายในตัวของมันขัดกับศีลธรรมโดยธรรมชาติ และมีผลก่อให้เกิดความเสียหาย (Bryan A. Garner et al (ed.), *Black's Law Dictionary*, 9th Edition, 2009) อาทิ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดฐานชิงทรัพย์ ความผิดฐานข่มขืนในขณะที่มึนเมา ความผิดฐานทำแท้ง (ดู Wayne R. LaFave/Austin W. Scott, Jr., อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๓๗, Ch.1 § 1.6 (b), p. 33-34)

^{๑๔๐} ความผิดแบบ *malumprohibitum* หมายถึง ความผิดที่ไม่อาจจัดเป็นความผิดที่มีความชั่วร้ายตามธรรมชาติ แต่เป็นความผิดที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด (Bryan A. Garner et al (ed.), *Black's Law Dictionary*, 9th Edition, 2009) อาทิ โทษต่าง ๆ ที่กำหนดไว้สำหรับความผิดบางประเภทในพระราชบัญญัติจราชวรทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ (ดู Wayne R. LaFave/Austin W. Scott, Jr., อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๓๙)

^{๑๔๑} ในปี พ.ศ. ๒๕๕๖ ประเทศไทยใช้งบประมาณกับหน่วยงานที่มีความเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (ตำรวจ อัยการ ศาล ราชทัณฑ์) สูงถึง ๖๔,๖๔๓ ล้านบาท ซึ่งคิดเป็นร้อยละ ๖.๕ ของงบประมาณรายจ่ายประจำปี หรือร้อยละ ๑.๒๖ ของผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ (GDP) – อ้างอิงตาม สมเกียรติ ตั้งกิจวานิช, ธารธร รัตนภูมิตรสร และทรงพล สงวนจิตร, บทที่ ๒ ปัญหาของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทยจากมุมมองของนิติเศรษฐศาสตร์, ใน: รายงานฉบับสมบูรณ์ เล่มที่ ๑, *โครงการการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์*, หน้า ๑๔

^{๑๔๒} สรวิต ลิ้มปริงชี, บทที่ ๑ กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับวัตถุประสงค์การลงโทษ: มุมมองจากนิติศาสตร์, ใน: รายงานฉบับสมบูรณ์ เล่มที่ ๓, *โครงการการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์*, หน้า ๑, ๘

^{๑๔๓} สรวิต ลิ้มปริงชี, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๔๒

^{๑๔๔} หลักการพื้นฐานในระบอบเสรีประชาธิปไตยคือประชาชนทุกคนมีสิทธิเสรีภาพที่จะทำการใด ๆ ก็ได้ ตราบที่มีได้มีกฎหมายกำหนดห้ามไว้ หรือมิได้มีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำไปในทางใดทางหนึ่ง ดังนั้น หากกฎหมายจะกำหนดห้ามมิให้กระทำการใด ก็ต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ หลักความได้สัดส่วน รวมถึงหลักความชอบธรรมของกฎหมายด้วย (the concept of legality) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของโทษอาญานั้น รัฐที่ยึดตามหลักเสรีนิยมพึงใช้โทษอาญาอย่างไม่ฟุ่มเฟือย (sparingly), ดู: Herbert Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, pp 249-250; สกล นิคารัตน์, *กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม*, หน้า ๑๒; ดู Article 5 Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen de 1789

โทษอาญากับพฤติกรรมแบบใด และควรเลือกประเภทของโทษอาญาและระดับโทษอย่างไรจึงจะได้สัดส่วนกับเป้าหมาย

ในมุมมองของนักวิชาการ คำถามดังกล่าวมิใช่คำถามใหม่ แต่เป็นประเด็นที่ถูกนำมาศึกษากันอย่างแพร่หลาย ทั้งในสาขาอาชญาวิทยา จิตวิทยา นิติศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ และสาขาอื่น ๆ โดยพบว่า แนวความคิดที่เกี่ยวกับความเหมาะสมในการกำหนดโทษทางอาญาที่มักถูกยกขึ้นมาพูดถึงเสมอคือ แนวคิดของ *Herbert Packer*^{๑๔๕} ซึ่งเป็นนักกฎหมายที่สืบทอดมุมมองทางนิติศาสตร์และมุมมองแบบอรรถประโยชน์นิยมเข้าด้วยกัน^{๑๔๖} กล่าวคือ มีการให้ความสำคัญกับผลกระทบของการใช้โทษอาญาต่อสังคมในแง่ของประโยชน์ที่สังคมจะได้รับหรือเสียไปจากการใช้โทษอาญา โดยอาจสรุปแนวคิดของ *Packer* ได้ว่าการกำหนดให้มีโทษอาญานั้นในด้านหนึ่งต้องคำนึงถึงควมมีประสิทธิผลในการป้องปรามการกระทำผิด แต่ในอีกด้านหนึ่งก็ไม่อาจละเลยผลกระทบอื่น ๆ ที่โทษอาญาอาจมีต่อสังคม โดยเฉพาะผลกระทบต่อเสรีภาพและความยุติธรรม จึงต้องจำกัดการใช้โทษอาญาเพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น^{๑๔๗} ทั้งนี้ อาจมองได้ว่าแนวคิดของ *Packer* เป็นแนวคิดที่มีความสอดคล้องกับการศึกษาการใช้โทษทางอาญาผ่านกรอบของวิชานิติเศรษฐศาสตร์^{๑๔๘} ซึ่งเน้นการใช้หลักประสิทธิภาพเพื่อวัดความ “คุ้มค่า” ของการใช้กฎหมายแต่ละเรื่อง โดยประสิทธิภาพในที่นี้หมายถึงการเลือกหนทางสู่เป้าหมายที่ให้ผลลัพธ์มากที่สุดโดยใช้ต้นทุนต่ำที่สุดภายใต้ข้อจำกัดด้านทรัพยากร^{๑๔๙} ซึ่งเมื่อพิจารณาตามแนวคิดดังกล่าวแล้ว กฎหมายอาญาที่มีประสิทธิภาพย่อมหมายถึงกฎหมายอาญาที่กำหนดให้มีโทษอาญาเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้เกิดความยุติธรรมที่พึงปรารถนาซึ่งคือการป้องปรามการก่ออาชญากรรมมิให้เกิดขึ้นนั่นเอง^{๑๕๐}

อย่างไรก็ดี หลักประสิทธิภาพมักถูกมองว่ามีมิติที่แคบจนเกินไป กล่าวคือประสิทธิภาพนั้นมักเน้นเพียงแค่อรรถประโยชน์แต่ไม่อาจใช้วัดคุณค่าด้านอื่น ๆ ที่ไม่สามารถนำมาแปลงเป็นตัวเลขทางเศรษฐศาสตร์ หรือมูลค่าเงินได้ อาทิ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักเสรีภาพ หรือหลักความชอบธรรม^{๑๕๑} ดังนั้น การจะพิจารณากำหนดใช้โทษอาญาให้เหมาะสมจึงมีอาจคำนึงถึงเรื่องประสิทธิภาพเพียง

^{๑๔๕} งานชิ้นสำคัญที่สุดในด้านนี้ของ *Herbert Packer* คือหนังสือชื่อ *The Limits of the Criminal Sanction*

^{๑๔๖} *Roger B. Dworkin*, Book Review, *The Limits of the Criminal Sanction*, by *Herbert Packer*, 44 *Indiana Law Journal* (Spring 1969) 493, 498

^{๑๔๗} *Roger B. Dworkin*, อ้างแล้วในเชิงอรรถก่อนหน้า: “... while crime prevention is the primary purpose of the criminal law, ... It must be qualified by other social purposes, such as the enhancement of freedom and the doing of justice, which require placing limit on the goal of crime prevention.”,

^{๑๔๘} นิติเศรษฐศาสตร์ (Law and Economics) หรือเศรษฐศาสตร์วิเคราะห์ว่าด้วยกฎหมาย (Economic Analysis of Law) เป็น “ศาสตร์ว่าด้วยการศึกษาประเด็นสำคัญทางกฎหมาย ทฤษฎีกฎหมาย การตีความกฎหมาย การออกแบบกฎหมาย การประเมินคุณค่าของกฎหมาย และผลกระทบของกฎหมายต่อพฤติกรรมของตัวละครที่เกี่ยวข้องและต่อสังคม โดยใช้ระเบียบวิธีหรือวิธีวิทยา (Methodology) ทางเศรษฐศาสตร์นีโอคลาสสิก (Neoclassical Economics) เป็นกรอบและเครื่องมือมาตรฐานในการวิเคราะห์” *ปกป้อง จันวิทย์*, รายงานฉบับสมบูรณ์ เล่มที่ ๒, โครงการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์, บทที่ ๑ บทนำว่าด้วยนิติเศรษฐศาสตร์, หน้า ๑

^{๑๔๙} *ปกป้อง จันวิทย์*, อ้างแล้วในเชิงอรรถก่อนหน้า, หน้า ๕

^{๑๕๐} *ปกป้อง จันวิทย์*, อ้างแล้วในเชิงอรรถก่อนหน้า, หน้า ๑๗-๑๘

^{๑๕๑} เป็นการมองแบบภาวะได้อย่างเสียอย่าง (Tradeoffs) กล่าวคือ มองว่าประสิทธิภาพจะได้มาก็ต่อเมื่อต้องเสียคุณค่าด้านอื่น เช่น ความยุติธรรม, ดู: *ปกป้อง จันวิทย์*, รายงานฉบับสมบูรณ์ เล่มที่ ๒, โครงการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์, บทที่ ๔ วิเคราะห์ว่าด้วยประสิทธิภาพและความยุติธรรมในนิติเศรษฐศาสตร์, หน้า ๖๕, ๘๔

อย่างเดียวกแต่ยังต้องคำนึงถึงคุณค่าต่าง ๆ ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของคุณค่าความยุติธรรมด้วย^{๑๕๖} ในรายงานฉบับนี้ ผู้จัดทำจึงขอเสนอความเห็นทางวิชาการในประเด็นการกำหนดโทษอาญา กับ ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายโดยมีเป้าหมายที่จะแสดงให้เห็นว่ารัฐควรเลือกกำหนดโทษอาญา ทั้งในส่วนของประเทศโทษและในส่วนในระดับโทษอย่างไร จึงจะเป็นไปตามเจตนารมณ์ของมาตรา ๗๗ วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย^{๑๕๗} กล่าวคือ เป็นการกำหนดโทษอาญาที่ก่อให้เกิด ประสิทธิภาพสูงสุดโดยที่ยังมีความเหมาะสมและความยุติธรรม (ดูหัวข้อที่ ๕) ทั้งนี้ ก่อนที่จะกล่าวถึง แนวทางในการกำหนดโทษอาญาให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดนั้น จำต้องกล่าวถึงนิยามและวัตถุประสงค์ของ กฎหมายอาญา (ดูหัวข้อที่ ๒) รูปแบบโทษและระดับโทษทางอาญา (ดูหัวข้อที่ ๓) และแนวคิดด้วยเรื่อง ประสิทธิภาพ (ดูหัวข้อที่ ๔) เสียก่อน

๒. นิยามและวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา

การลงโทษ^{๑๕๘} ลงทัณฑ์^{๑๕๙} หรือลงอาญา^{๑๖๐} นั้น เป็นแบบแผนของสังคมที่ปรากฏให้เห็น อยู่ตามหลักฐานทางประวัติศาสตร์ของทุกชนชาติ โดยอาจให้ความหมายอย่างกว้างว่าเป็นเครื่องมือของ ผู้มีอำนาจที่จะใช้กับผู้อยู่ใต้อำนาจเพื่อบังคับให้ผู้อยู่ใต้อำนาจปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือคำสั่งของตน ด้วยการ(เชื่อว่า)จะทำให้เสียประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจรวมถึงการสร้างให้เกิดความเจ็บปวด^{๑๖๑} ดังนั้น การลงโทษตามความหมายดังกล่าวจึงมีนัยของอำนาจ (power) แฝงอยู่ อย่างไรก็ตาม เมื่อสังคม ได้พัฒนาไปจนมีความซับซ้อนยิ่งขึ้น ย่อมมีอำนาจการลงโทษโดยความหมายที่มีนัยผูกอยู่กับอำนาจ เพียงอย่างเดียวได้ แต่ต้องพิจารณาในบริบทของที่มาของอำนาจและวัตถุประสงค์ในการลงโทษด้วย^{๑๖๒} ภายใต้รัฐสมัยใหม่จึงเกิดหลักการที่ว่า ผู้ใดจะถูกลงโทษเพราะการกระทำใดได้ก็ต่อเมื่อในขณะที่ กระทำกรณันั้นมิกฎหมายบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดและได้กำหนดโทษสำหรับการ กระทำผิดดังกล่าวไว้แล้วเท่านั้น^{๑๖๓} ดังนั้น การลงโทษจึงเป็นเครื่องมือที่ต้องใช้ผ่านเครื่องมือ “กฎหมาย” เสมอ

^{๑๕๖} หากมองแบบภาวะเป้าหมายสอดคล้อง (Goal Harmony) กล่าวคือ มองว่าคุณค่าต่าง ๆ อาทิ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักเสรีภาพ หรือหลักความชอบธรรม เป็นส่วนหนึ่งของเป้าหมายความยุติธรรมที่พึงปรารถนาแล้ว ก็อาจมองเรื่องประสิทธิภาพและความยุติธรรมเป็นเป้าหมายที่ส่งเสริมควบคู่กันไปได้, ดู: ปกป้อง จันวิทย์, อ่างแล้ว ในเชิงอรรถก่อนหน้า

^{๑๕๗} อ่างแล้ว ในเชิงอรรถ ๑๓๑

^{๑๕๘} โทษ หมายถึง ความไม่ดี, ความชั่ว, ความผิด, ผลแห่งความผิดที่ต้องรับ (พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔)

^{๑๕๙} ทัณฑ์ หมายถึง โทษที่เนื่องด้วยความผิด (พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔)

^{๑๖๐} อาญา หมายถึง อำนาจ, โทษ (พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔)

^{๑๖๑} ดู Linda Molm, Is Punishment Effective?, in: 57 Social Psychology Quarterly (1994), pp. 75-94

^{๑๖๒} จิตติ ดิงศภัทัย, กฎหมายอาญา ภาค ๑, สำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, พ.ศ. ๒๕๒๕, หมายเลขย่อหน้า ๕.

^{๑๖๓} หลัก *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* - ไม่มีโทษตราไว้ที่ไม่มีกฎหมายระบุไว้

๒.๑ นิยามของ “กฎหมาย” และประสิทธิภาพของกฎหมายในการป้องปรามอาชญากรรม

“กฎหมาย”(Lex, Law, Gesetz, Loi) คือ บทบัญญัติที่มีอำนาจตราขึ้นตามกระบวนการที่ยึดถือเป็นแบบแผนในแต่ละสังคม โดยมีเนื้อหาผูกพัน (binding) ผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับให้กระทำการใดหรือห้ามมิให้กระทำการใด (imperative commands) และกำหนดให้มีผลสืบเนื่องจากการปฏิบัติตามหรือการฝ่าฝืนข้อกำหนดนั้น (conditional statements)^{๑๖๐} โดยมีกระบวนการให้ผู้อำนาจสามารถบังคับผลที่กำหนดกับผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติดังกล่าวได้ (enforceability)^{๑๖๑}

หากพิจารณานิยามข้างต้นในส่วนของความมุ่งผลให้ผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายกระทำการหรือละเว้นที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว ย่อมเข้าใจได้ว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือในการดำเนินนโยบายของภาครัฐเครื่องมือหนึ่ง (Implementing Tools of Public Policy) ซึ่งมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจสั่งการ โดยเครื่องมือดำเนินนโยบายของภาครัฐนั้น อาจแบ่งประเภทได้อย่างกว้างเป็น มาตรการใช้อำนาจสั่งการ (Authority) มาตรการสร้างแรงจูงใจ (Incentives) มาตรการส่งเสริมสนับสนุน (Capacity Building) มาตรการเชิงสัญลักษณ์โดยการปฏิบัติเป็นตัวอย่างเพื่อชักจูงให้ประชาชนทำตาม (Symbolic and Hortatory) และมาตรการที่มีได้มุ่งผลเฉพาะหน้าแต่มีผลทั่วไปให้เกิดการพัฒนาคุณภาพของประชาชน (Learning)^{๑๖๒} ทั้งนี้ การเลือกใช้เครื่องมือในการดำเนินนโยบายภาครัฐแต่ละประเภทนั้น นอกจากอาจก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่แตกต่างกันแล้ว เครื่องมือเหล่านี้ยังอาจสร้างภาระค่าใช้จ่ายและภาระต่อสังคมที่แตกต่างกันอีกด้วย ดังนั้น หากจะกล่าวถึงประสิทธิภาพของกฎหมายอาญา ย่อมไม่อาจจำกัดความหมายอยู่เพียงประสิทธิภาพของ “ประเภทโทษ” หรือ “ระดับโทษ” แต่ต้องคำนึงถึงประสิทธิภาพของ “กฎหมาย” ในฐานะเครื่องมือหนึ่งของรัฐที่ใช้ในการดำเนินนโยบายเพื่อป้องปรามการก่ออาชญากรรมด้วย ทั้งนี้ พบว่าในหลายประเทศเริ่มมีการเลือกใช้มาตรการอื่น ๆ แทนการใช้กฎหมายอาญา เช่น ประเทศโปรตุเกส ซึ่งได้มีการปฏิรูปนโยบายปราบปรามยาเสพติด^{๑๖๓} โดยกำหนดให้ยกเลิกการลงโทษทางอาญา (decriminalization) กับผู้เสพสารเสพติดหรือผู้ถือครองสารเสพติดในปริมาณเพื่อเสพ และให้ผู้เสพสามารถเข้าโครงการบำบัดได้โดยสมัครใจ โดยภายหลังที่ได้ดำเนินนโยบายดังกล่าวมาระยะหนึ่งแล้ว พบว่าการใช้มาตรการทางเลือกของประเทศโปรตุเกสนั้น ได้ส่งผลลดอัตราการก่ออาชญากรรมรวมถึงแก้ปัญหาคุกคามและปัญหาสังคมอื่น ๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

^{๑๖๐} Eric Engle, Law: Lex vs. Ius, in: 1 The Journal Jurisprudence (2008) 31, 36: “... all laws are of the form ‘if ... then’. If the conditional is fulfilled then the imperative, reward or punishment, should be imputed to the subject of the conditional statement.”

^{๑๖๑} Peter-Christian Müller-Graff, Das „Soft Law“ der europäischen Organisationen, Europarecht (EuR) 2012, 18 (21)

^{๑๖๒} การให้การศึกษาคือเครื่องมือที่สำคัญในการป้องปรามการก่ออาชญากรรมเช่นกัน, ดู Wayne R. LaFare/Austin W. Scott, Jr., อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๓๗, Ch.1 § 1.5, p. 23: “The criminal law is not, of course, the only weapon which society uses to prevent conduct which harms or threatens to harm ... important interests of the public. Education, ..., is an important weapon.”

^{๑๖๓} ดู: สง่า อัครปรีดี, การใช้มาตรการทางเลือกอื่นแทนการลงโทษทางอาญาในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด, เอกสารวิชาการ ฝ่ายกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางอาญา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ยิ่งขึ้นกว่าเดิมอย่างมีนัยสำคัญ^{๑๖๔} อย่างไรก็ตาม เนื่องจากรายงานฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะกล่าวถึงประเด็นการตรากฎหมายให้มีประสิทธิภาพ ดังนั้น ประเด็นการดำเนินนโยบายป้องกันอาชญากรรมโดยใช้เครื่องมือทางนโยบายรูปแบบอื่นซึ่งมิใช่กฎหมาย จึงเป็นประเด็นที่อยู่เกินขอบข่ายประสงค์ของรายงานฉบับนี้ ผู้จัดทำจึงขอละประเด็นนี้ไว้ในฐานที่เข้าใจเพียงว่า การออกกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพนั้นย่อมหมายถึงรวมถึงการเลือกที่จะไม่ตรากฎหมายในกรณีที่น่าจะใช้เครื่องมือทางนโยบายรูปแบบอื่นเพื่อให้บรรลุซึ่งวัตถุประสงค์ทางนโยบายป้องกันอาชญากรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพกว่าการใช้เครื่องมือทางกฎหมายด้วย

๒.๒ นิยามและลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญา

หากพิจารณาความหมายอย่างกว้างของโทษอาญาประกอบกับนิยามของ “กฎหมาย” ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ก็อาจนิยาม “กฎหมายอาญา” ได้ว่า เป็นบทบัญญัติทั้งหลายที่ตราขึ้นตามกระบวนการที่ยึดถือเป็นแบบแผนในแต่ละสังคม เพื่อกำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิดทางอาญา และกำหนดให้ผลของการกระทำผิดนั้นคือการลงโทษที่มีลักษณะเฉพาะทางอาญา และกำหนดให้ลงโทษในอัตราโทษที่ระบุไว้เท่านั้น^{๑๖๕} อย่างไรก็ตาม นิยามของ “กฎหมายอาญา” ดังกล่าว เป็นการนิยามตามขอบเขตนิติบัญญัติทางกฎหมายอาญาของแต่ละประเทศ ซึ่งสามารถกำหนดได้เองว่าความผิดลักษณะใดเป็นความผิดทางอาญาและการลงโทษรูปแบบใดเป็นโทษทางอาญา “กฎหมายอาญา” ตามนิยามข้างต้นจึงอาจมีความแตกต่างกันระหว่างกฎหมายของแต่ละประเทศได้^{๑๖๖} ดังนั้น หากจะนิยาม “กฎหมายอาญา” โดยสาระ^{๑๖๗} ให้มีความสากล กล่าวคือเป็นนิยามที่สามารถนำมาใช้เพื่อระบุว่ากฎหมายลักษณะใดอาจเข้าข่ายเป็นกฎหมายอาญาโดยไม่คำนึงถึงการตัดสินใจจัดประเภทกฎหมายในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศแล้ว ย่อมต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะตัวของความผิดอาญาและโทษอาญาด้วย โดยอาจพิจารณาได้ถึงวัตถุประสงค์ของโทษอาญา ลักษณะเฉพาะของโทษอาญา และกระบวนการบังคับใช้กฎหมายอาญา ดังนี้

๒.๒.๑ วัตถุประสงค์ของโทษอาญา

โดยทั่วไปกล่าวได้ว่า กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคมมิให้กระทำในสิ่งที่สังคมนั้นมองว่าเป็นสิ่งที่ขัดกับศีลธรรม^{๑๖๘} เป็นภัยต่อสังคม

^{๑๖๔} การปฏิรูปดังกล่าวแม้จะไม่ได้ยกเลิกการใช้กฎหมายทั้งหมด แต่ถือได้ว่าเป็นการนำมาตรากฎอื่น ๆ มาใช้ร่วมกันไปด้วย ดู: *สง่า อัครปริตติ*, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๖๓, หน้า ๕-๖

^{๑๖๕} ดูเทียบเคียง: *สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล*, *หลักสัดส่วนในการกำหนดโทษ*, หน้า ๑; *Wayne R. LaFave/Austin W. Scott, Jr.*, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๓๗, Ch.1 § 1.2, p. 6: “The Substantive criminal law is that law which, for the purpose of preventing harm to society, declares what conduct is criminal and prescribes the punishment to be imposed for such conduct.”

^{๑๖๖} อาจกล่าวได้ว่านิยามในลักษณะดังกล่าว เป็นการนิยามกฎหมายอาญาโดยอิงกับการตัดสินใจทางการเมืองของแต่ละประเทศ - “... one of the chief characteristic of criminal law [is]- its politicality.” *Jay A. Sigler*, *Understanding Criminal Law*, p. 6

^{๑๖๗} *William J. Stuntz* ได้กล่าวถึงความจำเป็นที่ต้องมีการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาโดยสาระเช่นกัน, ดู *William J. Stuntz*, *Substance, Process, and the Civil-Criminal Line*, 7 *Journal Contemporary Legal Issues* (1996), p. 1, 19

^{๑๖๘} *William J. Stuntz*, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๖๗, หน้า ๑๙

หรือต่อบุคคลอื่น^{๑๖๙} หรือเป็นสิ่งอันไม่พึงปรารถนาใด ๆ^{๑๗๐} ซึ่งมีความร้ายแรงถึงขนาดที่ต้องประณาม ผู้กระทำความผิดลงโทษให้หลายจำ โดยกฎหมายอาญาเลือกใช้วิธีการ(ขู่ว่าจะ)ลงโทษ โดยมุ่งให้คนในสังคมหวาดกลัวและปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของตนให้สอดคล้องกับสิ่งที่กฎหมายกำหนด (Deterrence, General Prevention)

ทั้งนี้ โทษอาญามีได้มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้คนในสังคมหวาดกลัวที่จะกระทำความผิดเป็นการทั่วไปเท่านั้น แต่ยังมีวัตถุประสงค์ข่มขู่ผู้ตั้งใจจะละเมิดกฎหมายให้ล้มเลิกความตั้งใจที่จะกระทำการนั้น หรือให้หลายจำไม่กระทำการนั้นอีก (Prevention, Particular Deterrence, Intimidation) เป็นเครื่องมือตัดหรือจำกัดโอกาสที่จะกระทำความผิด (Restraint, Incapacitation, Isolation, Disablement) เป็นเครื่องมือเพื่อบำบัดหรือดัดแปลงพฤติกรรม (Rehabilitation, Correction, Reformation) เป็นเครื่องมือเพื่ออบรมคนในสังคมให้ทราบว่าการกฎหมายห้ามมิให้กระทำการใด (Education) และเป็นเครื่องมือในการแก้แค้นให้สาสมหรือเป็นการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิด (Retribution, Revenge, Retaliation)^{๑๗๑} อีกด้วย โดยหากพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการลงโทษแล้ว จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของโทษอาญามีได้มีเพียงมิติทางด้านอรรถประโยชน์เพียงอย่างเดียว แต่ยังมีมิติด้านการตอบสนองอารมณ์ความรู้สึกของคนในสังคม^{๑๗๒} ที่ประสงค์จะให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษให้สาสมกับความผิดที่ได้กระทำความผิด ด้วยเหตุนี้ โทษอาญาจึงมักถูกนำมาใช้กับการกระทำที่กระทบกับอารมณ์ความรู้สึกของคนในสังคม และถูกมองว่าเป็นการกระทำที่ไร้ศีลธรรมหรือเป็นอันตรายถึงขนาดต้องดำเนินหรือประณาม^{๑๗๓}

อย่างไรก็ดี วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามที่ได้กล่าวข้างต้นล้วนเป็นวัตถุประสงค์ที่มุ่งเน้นไปที่ตัวผู้กระทำความผิด แต่ไม่ได้ให้ความสำคัญกับการเยียวยาเหยื่อเท่าที่ควร ทั้งนี้ เพราะประเด็นการเยียวยาเหยื่อมักถูกมองว่าเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาไปตามหลักกฎหมายแพ่ง แต่กฎหมายแพ่งนั้นอาจมีข้อจำกัดหลายประการ อาทิ ข้อจำกัดของค่าเสียหายที่เรียกไม่ได้^{๑๗๔} หรือข้อจำกัดในทางปฏิบัติสืบเนื่องจากการที่เหยื่อต้องดำเนินการฟ้องร้องเอง ดังนั้น จึงเกิดแนวคิดที่จะใช้กระบวนการทางอาญาเพื่อให้มีการชดเชยความเสียหายที่เกิดกับเหยื่อ (Restorative Justice,

^{๑๖๙} Wayne R. LaFave/Austin W. Scott, Jr., อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๓๗, Ch.1 § 1.2, p. 10; Hugh D. Barlow, Introduction to Criminology, 3rd Ed., Boston Toronto, 1984, P. 5

^{๑๗๐} Wayne R. LaFave/Austin W. Scott, Jr., อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๓๗, Ch.1 § 1.2, p. 22

^{๑๗๑} ทฤษฎีการลงโทษ หรือ Theories of Punishment, ดู: Wayne R. LaFave/Austin W. Scott, Jr., อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๓๗, Ch.1 § 1.5, pp. 23-29.; Joel Meyer, Reflections on Some Theories of Punishment, 59 The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science (1968), pp. 595-599; สกล นิสารัตน์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๔๔, บทที่ ๗, หน้า ๗๐-๗๘, ประธาน วัฒนวานิชย์, ข้อเสนอแนะการบัญญัติความผิดอาญาและประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมาย, หน้า ๖-๘

^{๑๗๒} Expressive Theory: ดู Dan M. Kahan, What do Alternative Sanctions Mean?, 63 The University of Chicago Law Review 591 (594); Emile Durkheim: "[punishment as a] sign indicating [...] the sentiments of the collectivity, ...", id. The Division of Labor in Society 63, อ้างตาม Dan M. Kahan, อ้างแล้วในเชิงอรรถนี้, เชิงอรรถที่ ๗

^{๑๗๓} ประธาน วัฒนวานิชย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๓๑, หน้า ๖-๘

^{๑๗๔} โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้, บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๙, สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, หน้า ๑๘๓ - ๑๘๘

Victim Right) และสมานสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำผิดกับเหยื่อ (Victim-Offender Interaction)^{๑๗๕} แต่การขยายขอบเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาตามแนวคิดดังกล่าวนั้น อาจส่งผลให้เส้นแบ่งระหว่างกฎหมายอาญาและกฎหมายประเภทอื่น ๆ เลื่อนลงไปกว่าเดิม อีกทั้งไม่อาจมองการชดเชยหรือการสมานสัมพันธ์เป็นการลงโทษได้ในทุกกรณีอีกด้วย

๒.๒.๒ ลักษณะเฉพาะของโทษอาญา

เมื่อพิจารณาว่าลักษณะเฉพาะประการหนึ่งของกฎหมายอาญาคือการเลือกใช้วิธี(ชู้ว่าจะ)ลงโทษแล้ว ย่อมต้องพิจารณาต่อไปว่าการลงโทษมีความหมายเช่นไร โดยทั่วไปกล่าวได้ว่าการลงโทษคือการกระทำของผู้มีอำนาจ (Authority) ให้ผู้ที่อยู่ใต้อำนาจซึ่งได้กระทำหรือมิได้กระทำความผิดสิ่งใด ต้องเสียไปซึ่งประโยชน์^{๑๗๖} ประสบกับความยากลำบาก หรือเหตุการณ์รูปแบบอื่น ๆ ที่มองได้ว่าเป็นสถานะอันไม่พึงปรารถนา (Unpleasant Consequences) โดยมีมุ่งให้มีผลเป็นการประณามผู้นั้นด้วย (Condemnation)^{๑๗๗} ทั้งนี้ สถานะอันไม่พึงปรารถนาอาจมีได้หลายรูปแบบ เช่น การเสียไปซึ่งเสรีภาพ สิทธิ โอกาส ทรัพย์สิน สุขภาพ ตัวตน ชีวิต และสัมพันธ์ส่วนบุคคล^{๑๗๘}

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณากฎหมายประเภทอื่น อาทิ กฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครอง พบว่ามีการกำหนดผลของกฎหมายที่มีการทำให้ต้องเสียไปซึ่งประโยชน์เช่นกัน อาทิ การกำหนดให้คู่กรณีต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่ทำผิดสัญญาหรือในกรณีละเมิด หรือการกำหนดให้ผู้ฝ่าฝืนกฎระเบียบข้อบังคับทางปกครองต้องจ่ายค่าปรับทางปกครอง แต่กฎหมายเหล่านี้ก็มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการประณามดังเช่นกรณีของกฎหมายอาญา แต่มีวัตถุประสงค์ให้มีการชดเชยผู้เสียหาย หรือเพื่อบังคับให้เป็นไปตามข้อบังคับของรัฐ ดังนั้น รูปแบบของประโยชน์ที่ต้องเสียไปตามที่ระบุไว้ในกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายปกครอง จึงมิได้มุ่งไปที่ตัวผู้กระทำเพียงอย่างเดียว แต่มุ่งผลสัมฤทธิ์ตามวัตถุประสงค์อื่น ๆ ซึ่งอาจส่งผลกระทบกับประโยชน์ของบุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้กระทำผิด (ผู้รับผิดชอบโดยอ้อม) เช่น ในกรณีของการให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากเหตุผิดสัญญานั้น แม้ในภายหลังผู้ทำผิดสัญญาจะตายไป คู่กรณีก็ยังเรียกให้ทายาทผู้รับมรดกชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากเหตุดังกล่าวได้ หรือในกรณีการออกใบสั่งกับรถยนต์ที่จอดในเขตห้ามจอด (คำสั่งทางปกครอง) ย่อมมีผลบังคับกับเจ้าของรถยนต์ซึ่งมิได้เป็นผู้รับผิดชอบโดยตรงอีกด้วย (Zustandsstörer) จึงไม่น่าแปลกใจ หากจะพบว่ากฎหมายอื่นที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นกฎหมายอาญามักไม่กำหนดผลของกฎหมายให้มีการเสียไปซึ่งประโยชน์ที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวบุคคล กล่าวคือโทษที่มีผลจำกัดเฉพาะกับผู้กระทำเท่านั้น

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การลงโทษตามกฎหมายอาญานั้น แม้จะมีวัตถุประสงค์ได้หลายประการ^{๑๗๙} แต่วัตถุประสงค์เหล่านั้นล้วนมุ่งผลไปที่ตัวผู้กระทำผิดเป็นหลัก จึงมัก

^{๑๗๕} John Braithwaite, Encourage Restorative Justice, 6 Criminology & Pub. Pol'y 689 (2007); ประเด็นการใช้มาตรการเพื่อชดเชยความเสียหายให้กับเหยื่อและสมานสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำผิดและเหยื่อ ดูหัวข้อย่อยที่ ๓.๑.๓ โทษในรูปแบบอื่น ๆ

^{๑๗๖} Hugh D. Barlow, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๖๙, Chapter ๑๔, หน้า ๔๗๖

^{๑๗๗} Herbert Packer, The Limits of the Criminal Sanction, California, Stanford University Press, 1968, P 21(อ้างอิงตาม สกล นิสารัตน์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๔๔, บทที่ ๖, หน้า ๖๓); Kent Greenawalt, อ้างแล้วในเชิงอรรถ Error! Bookmark not defined., หน้า ๓๔๓, ๓๔๔

^{๑๗๘} Hugh D. Barlow, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๖๙, Chapter ๑๔, หน้า ๔๗๖

^{๑๗๙} กล่าวแล้วข้างบน หัวข้อย่อย ๒.๒.๑ วัตถุประสงค์ของโทษอาญา

พบโทษที่มีลักษณะทำให้เสียไปในประโยชน์ซึ่งมีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวบุคคล^{๑๘๐} ไม่ว่าจะเป็นโทษที่มีผลทำให้เสียไปซึ่งชีวิต (โทษประหารชีวิต) โทษที่มีผลเป็นการทำให้เสียไปซึ่งเสรีภาพเป็นการทั่วไป (เช่น โทษจำคุกหรือโทษกักขัง) โทษที่ทำให้ต้องสูญเสียไปซึ่งความครบถ้วนสมบูรณ์ของร่างกายและสุขภาพ (เช่น โทษตัดอวัยวะ – Mutilation) โทษที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดทางร่างกาย^{๑๘๑} (เช่น โทษโบยหรือโทษเฆี่ยนตี – Whipping, Flogging, Caning) โทษที่ส่งผลเป็นการประจานทำให้อับอายเสียชื่อเสียงหรือโทษปรับที่บังคับใช้เฉพาะกับตัวผู้กระทำความผิด ด้วยเหตุนี้ โทษที่มีลักษณะเป็นการทำให้เสียไปในสิ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวจึงเป็นเครื่องบ่งชี้ลักษณะความเป็นกฎหมายอาญาโดยสาระได้ในระดับหนึ่ง

๒.๒.๓ กระบวนการบังคับใช้กฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาเป็นหนึ่งในกฎหมายเพียงไม่กี่ประเภทที่มีการสงวนอำนาจการลงโทษไว้ให้ศาลเป็นการเฉพาะ^{๑๘๒} ทั้งยังกำหนดให้มีมาตรฐานการดำเนินคดีและกำหนดให้มีการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาหรือผู้ถูกดำเนินคดี โดยเงื่อนไขเหล่านี้มักถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดของประเทศ^{๑๘๓} ทั้งนี้ เหตุที่ต้องกำหนดให้มีการคุ้มครองสิทธิของผู้ที่ถูกกล่าวหาหรือผู้ถูกดำเนินคดีไว้เช่นนั้น ก็เพราะกฎหมายอาญามีผลทำให้ผู้ถูกลงโทษต้องรับผลร้ายทั้งทางตรงและทางอ้อม^{๑๘๔} ซึ่งในหลายกรณีอาจเยี่ยงยาผลร้ายที่เกิดจากการลงโทษให้สิ้นไปและกลับคืนสู่สถานะเดิมได้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีกระบวนการพิสูจน์ความผิดที่รอบคอบ รัดกุม เพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ที่ถูกกล่าวหาจะได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม^{๑๘๕} รวมทั้งได้รับการปล่อยตัวในกรณีที่ไม่สามารถพิสูจน์ได้อย่างสิ้นข้อสงสัยว่ามีกระทำความผิด เป็นไปตามหลักที่ว่า “ให้ผู้กระทำความผิดหลายคนพ้นผิด ยังดีเสียกว่า

^{๑๘๐} “โทษมีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวบุคคล (la personnalité des peines)”, *จิตติ ดิงศภิทัย*, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๕๘, หมายเลขย่อหน้า ๓๗๑

^{๑๘๑} ในภาษาอังกฤษ คำว่า Punishment ซึ่งแปลว่า “การลงโทษ” และคำว่า Pain ซึ่งแปลว่า “ความเจ็บปวด” มีรากศัพท์มาจากคำเดียวกัน คือคำว่า Poena ในภาษาละติน, ดู *สกส นิสารัตน์*, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๕๔, บทที่ ๖, หน้า ๖๓

^{๑๘๒} การกำหนดให้ศาลเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจลงโทษนั้น ถูกจัดเป็นข้อแตกต่างประการสำคัญระหว่างโทษทางปกครองและโทษอาญา, ดู ศุภวัฒน์ สิงห์สูงษ์, *เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา*, เอกสารวิชาการ สำนักกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (เผยแพร่ใน www.krisdika.go.th), หน้า ๑๑

^{๑๘๓} กฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกากำหนดสิทธิของผู้ต้องหาคดีอาญาใน forth amendment – restriction of search and seizure; fifth amendment – protection against compelled self-incrimination; sixth amendment – guarantee of the right to counsel in criminal cases และ fourteenth amendment – due process of law (ดู *John C. Hall, The Constitution and Criminal Procedure*, 55 FBI Law Enforcement Bulletin (1986) pp. 24, 30); กฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน Artikel 101 – 104 GG และกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย (พ.ศ. ๒๕๖๐) มาตรา ๒๘ ถึง มาตรา ๓๐; *จิตติ ดิงศภิทัย*, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๕๘, หมายเลขย่อหน้า ๓๖๘ ก.

^{๑๘๔} “... being treated like a criminal is painful, ...”, *William J. Stuntz*, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๖๗, หน้า ๗, ๙

^{๑๘๕} มีการมองว่า ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดนั้น มักเป็นบุคคลกลุ่มเดิม ๆ ซึ่งโดยมากมักคนกลุ่มน้อย เช่น คนที่มีฐานะยากจน หรือคนผิวสี ซึ่งคนกลุ่มนี้ไม่มีอำนาจต่อรองทางการเมือง จึงจำเป็นต้องมีการคุ้มครองให้เป็นธรรมกับคนกลุ่มนี้ในกฎหมายสูงสุดของประเทศ, ดู *William J. Stuntz*, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๖๗, หน้า ๒๐-๒๑

เสี่ยงให้ผู้บริสุทธิ์เพียงคนเดียวต้องรับผิด”^{๑๘๖} นอกจากนั้น กรอบของกระบวนการเอาผิดทางอาญายังทำหน้าที่ยกการใช้อำนาจของรัฐให้อยู่ภายใต้ขอบเขตของหลักเสรีประชาธิปไตยอีกด้วย^{๑๘๗}

อย่างไรก็ดี การดำเนินการให้เป็นไปตามกรอบของกระบวนการเอาผิดทางอาญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้นั้น ย่อมส่งผลกระทบต่อระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่ต้องใช้ในการดำเนินการ อีกทั้งยังเป็นปัจจัยเสี่ยงที่อาจทำให้ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำผิดเพียงเพราะกระบวนการดำเนินไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ดังนั้น การที่จะกำหนดให้การกระทำลักษณะใดเป็นความผิดทางอาญาและมีโทษอาญานั้น ย่อมต้องเป็นการกระทำที่สังคมมองว่าไร้ศีลธรรมหรือเป็นอันตรายถึงขนาดที่ต้องดำเนินหรือประณามอย่างแท้จริง จึงจะสมเหตุสมผลกับกระบวนการเอาผิดที่ต้องดำเนินไปอย่างเคร่งครัดรัดกุมกว่ากระบวนการประเภทอื่น ดังนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าความร้ายแรงของการกระทำผิดและรูปแบบของกระบวนการเอาผิดเป็นเครื่องบ่งชี้ซึ่งกันและกันและต่างบ่งชี้ถึงความเป็นกฎหมายอาญาโดยสาระอีกด้วย

๒.๓ สรุปในประเด็นนิยามและวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือประเภทหนึ่งที่รัฐใช้เพื่อดำเนินนโยบายป้องปรามอาชญากรรมและรักษาความสงบสุขของสังคม โดยอาจนิยามให้หมายถึงบทบัญญัติทั้งหลายที่ตราขึ้นตามกระบวนการที่ยึดถือเป็นแบบแผนในแต่ละสังคม เพื่อกำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิดทางอาญา และกำหนดให้ผลของการกระทำผิดนั้นคือการลงโทษ โดยการลงโทษนั้น มักถูกใช้สำหรับการกระทำซึ่งสังคมมองว่าไร้ซึ่งศีลธรรมหรือเป็นอันตรายต่อส่วนรวมหรือบุคคลอื่นถึงขนาดที่ต้องดำเนินหรือประณามและมักมีลักษณะที่ส่งผลร้ายต่อผู้ถูกลงโทษอย่างชัดเจน กล่าวคือทำให้ผู้ถูกลงโทษต้องเสียไปซึ่งประโยชน์ที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวบุคคล อาทิ ชีวิต ความครบถ้วนสมบูรณ์ของร่างกายและสุขภาพ หรือเสรีภาพ ทั้งนี้ เพื่อให้มีผลเป็นการข่มขู่ให้คนเกรงกลัวจนไม่กล้าฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว แต่ควบคู่กันไปกับกฎหมายอาญาโดยสาระนั้นย่อมต้องมีการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาด้วยการกำหนดให้มีกระบวนการเอาผิดที่รอบคอบ รัดกุม เพื่อมิให้มีใครต้องรับผลร้ายของโทษอาญาอย่างไม่เป็นธรรม

๓. รูปแบบและขนาดของโทษอาญา

ดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น^{๑๘๘} หลักการสำคัญที่สุดประการหนึ่งของกฎหมายอาญา คือ ผู้ใดจะถูกลงโทษเพราะการกระทำใดได้ก็ต่อเมื่อในขณะที่ยกระทำการนั้นมีกฎหมายที่บัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดและกำหนดโทษสำหรับการกระทำผิดดังกล่าวไว้แล้วเท่านั้น^{๑๘๙} ด้วยเหตุนี้ อำนาจการลงโทษของศาลจึงถูกจำกัดด้วยรูปแบบโทษและกรอบระดับความรุนแรงของโทษ (ขนาดโทษ) เท่าที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

๓.๑ ลักษณะ รูปแบบ และการจัดประเภทของโทษอาญา

แม้จะพบว่าโทษประหารชีวิต โทษจำคุกหรือกักขัง และโทษปรับ จะเป็นโทษอาญาที่ใช้กันโดยทั่วไป แต่ก็มิได้หมายความว่าโทษในกฎหมายอาญาจะต้องเป็นโทษที่มีลักษณะดังกล่าว

^{๑๘๖} “It is better to allow some of the guilty to escape conviction than to risk conviction of an innocent person”, Wayne R. LaFare/Austin W. Scott, Jr., อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๓๗, Ch.1§ 1.4 p. 16

^{๑๘๗} ดู Akhil Reed Amar, The Bill of Rights as a Constitution, 100 Yale Law Journal (1991), pp. 1131 et seqq., อ้างตาม William J. Stuntz, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๖๗, หน้า ๒๒

^{๑๘๘} ดู หัวข้อ ๒ นิยามและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

^{๑๘๙} หลัก nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege

เสมอไป ผู้ออกกฎหมายย่อมมีอำนาจที่จะกำหนดให้มีโทษลักษณะใดก็ได้ที่ทราบว่าการใช้โทษดังกล่าวสามารถทำให้บรรลุซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาและไม่มีลักษณะเป็นการขัดกับกฎหมายที่สูงกว่าหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ ดังนั้น การพิจารณาถึงควมมีประสิทธิภาพของกฎหมายอาญาจึงไม่จำกัดอยู่เพียงการเลือกลักษณะความผิดให้เหมาะสมกับโทษที่มีกำหนดไว้แล้วในกฎหมาย แต่ย่อมรวมถึงการพิจารณาที่จะบัญญัติให้มีโทษรูปแบบอื่น ๆ ที่อาจมีประสิทธิภาพยิ่งกว่าโทษแบบเดิม ๆ ที่กฎหมายได้บัญญัติไว้แล้วด้วย

๓.๑.๑ การจัดประเภทโทษอาญาที่พบได้ในปัจจุบัน

หากศึกษาประวัติศาสตร์ของประเทศต่าง ๆ จะพบว่ามีการใช้โทษอาญาในรูปแบบต่าง ๆ มากมาย โดยไม่จำกัดอยู่เพียงโทษประหารชีวิต โทษจำคุก หรือโทษปรับ แต่ยังมีการใช้โทษทรมานร่างกายหรือโทษที่ทำให้อับอายเสื่อมเสียชื่อเสียงด้วย ซึ่งแม้ปัจจุบันประเทศส่วนใหญ่เลือกที่จะไม่ใช้โทษในลักษณะดังกล่าวแล้วก็ตาม แต่ก็มิได้หมายความว่าโทษเหล่านี้จะหายไปจากสังคมมนุษย์โดยสิ้นเชิง ดังนั้น หากจะพิจารณาถึงโทษอาญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบันแล้ว ย่อมต้องพิจารณาให้เห็นกรอบอย่างกว้างของโทษอาญาเสียก่อน โดยในเบื้องต้นอาจแบ่งประเภทโทษอาญาตามผลของโทษได้ ดังนี้^{๑๙๐}

(๑) โทษที่ส่งผลเป็นการกำจัดหรือกีดกันคนผิดออกจากสังคม (Removal from the Group)^{๑๙๑} เป็นโทษที่มุ่งเน้นที่จะป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคลอื่นในสังคมได้อีก และมีวัตถุประสงค์ที่จะให้คนในสังคมหวาดกลัวที่จะกระทำความผิด โดยโทษในกลุ่มนี้อาจรวมถึง โทษประหารชีวิต โทษเนรเทศ หรือโทษจำคุกตลอดชีวิต ในส่วนของโทษจำคุกที่มีกำหนดระยะเวลาหรือโทษกักขังนั้น ย่อมเป็นโทษที่มีผลเป็นการกีดกันคนผิดออกจากสังคมเช่นกัน แต่อาจส่งผลเพียงช่วงระยะเวลาหนึ่ง และมักมีวัตถุประสงค์มุ่งเน้นไปในการบำบัดหรือดัดแปลงพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดมากกว่าที่จะเป็นการกีดกันคนผิดออกจากสังคมเป็นการถาวร

(๒) โทษที่มีผลทำให้เกิดความเจ็บปวดทรมานทางร่างกาย (Physical Pain/Torture)^{๑๙๒} เป็นโทษที่มุ่งเน้นให้ผู้กระทำความผิดรับโทษที่สาสมกับความผิดที่กระทำ อีกทั้งทำให้หลายจำไม่ทำผิดซ้ำ และยังส่งผลให้คนในสังคมหวาดกลัวไม่เอาพฤติกรรมดังกล่าวเป็นเยี่ยงอย่าง โดยอาจรวมถึงโทษโบย โทษเชียนตี โทษใช้แรงงานหนัก โทษตัดอวัยวะ ฯลฯ ทั้งนี้ แม้ปัจจุบันประชาคมโลกจะไม่ให้ความยอมรับโทษในรูปแบบดังที่กล่าวมา^{๑๙๓} แต่พบว่ายังมีอีกหลายประเทศที่กฎหมายกำหนดให้มีโทษที่ทำให้เจ็บปวดทรมานร่างกาย^{๑๙๔} อีกทั้งยังปรากฏหลักฐานการทรมานร่างกายผู้ต้องหาหรือนักโทษในเรือนจำโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้อีกด้วย

^{๑๙๐} แบ่งตามแนวอธิบายของ Edwin W. Sutherland and Donald R. Cressey, *Criminology*, 9th ed., Philadelphia: Lippincott, 1974 – อ้างตาม Hugh D. Barlow, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๖๙, หน้า ๔๘๑

^{๑๙๑} Hugh D. Barlow, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๖๙, หน้า ๔๘๑-๔๘๕

^{๑๙๒} Hugh D. Barlow, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๖๙, หน้า ๔๘๖-๔๘๗, สกล นิสารัตน์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๔๔, หน้า ๘๑-๘๔

^{๑๙๓} ข้อ ๗ - ๘ แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR), แหล่งเอกสาร: <http://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/iccpr.pdf>

^{๑๙๔} Mark Lim Fung Chian, *An Appeal to Use the Rod Sparingly: A Dispassionate Analysis of the Use of Caning in Singapore*, 15 Sing. L. Rev. 20, 96 (1994); ข้อมูลเกี่ยวกับการลงโทษที่ทำให้เจ็บปวดทรมานร่างกายที่มีการรวบรวมอย่างไม่เป็นทางการ: www.corpun.com

(๓) โทษที่ทำให้เกิดความอับอายเสื่อมเสียชื่อเสียงในสังคม (Social Degradation)^{๑๙๕} เป็นโทษที่มุ่งตราบาปผู้กระทำความผิด โดยพบว่าโทษในลักษณะนี้อาจก่อให้เกิดความเจ็บปวดทรมานร่างกายด้วย แต่มักเป็นความเจ็บปวดเพียงเท่าที่จะทำให้เกิดความอับอายหรือเสื่อมเสียชื่อเสียง เช่น โทษตัดหูหรือตัดจมูก หรือโทษประจานในที่สาธารณะ (pillory and stocks)

อย่างไรก็ดี การตราบาปโดยการทำให้อับอายหรือเสื่อมเสียชื่อเสียงนั้นไม่จำเป็นต้องมีลักษณะเป็นการทำให้เจ็บปวดทรมานทางร่างกายเสมอไป โดยอาจกล่าวได้ว่าการตัดสินให้บุคคลใดมีความผิดทางอาญานั้น ไม่ว่าจะกำหนดโทษเช่นไรต่างก็มีผลเป็นการตราบาปผู้กระทำความผิดทั้งสิ้น ดังนั้น แม้โทษที่มีผลเป็นการจำกัดหรือตัดสิทธิของพลเมือง สิทธิในทรัพย์สิน หรือสิทธิส่วนบุคคลต่าง ๆ หรือแม้การใช้มาตรการเพื่อความปลอดภัย เช่น การภาคทัณฑ์ (Probation) หรือการทัณฑ์บน (Parole) ก็อาจจัดให้เป็นโทษที่มีผลเป็นการทำให้เกิดความอับอายได้เช่นกัน

(๔) โทษที่ทำให้เสียไปซึ่งทรัพย์สิน (Financial Penalties)^{๑๙๖} นอกจากจะเป็นโทษที่มีใช้กันมานานแล้ว ยังเป็นโทษที่ถูกนำมาใช้ในปัจจุบันมากที่สุดประเภทหนึ่ง^{๑๙๗} โดยอาจมีได้หลายรูปแบบ อาทิ การปรับเพื่อยกโทษ ปรับเพื่อชดเชยผู้เสียหาย การริบทรัพย์สิน หรือการยึดทรัพย์สินทั้งหมดให้ตกเป็นของแผ่นดิน อย่างไรก็ตาม เนื่องจากผู้กระทำความผิดอาจมีฐานะทางการเงินที่แตกต่างกัน จึงมักเกิดประเด็นปัญหาเรื่องความเสมอภาคและประสิทธิภาพในการใช้โทษในรูปแบบดังกล่าว นอกจากนั้น โทษที่ทำให้เสียไปซึ่งทรัพย์สินยังถูกนำมาใช้ทั้งทางแพ่งและทางปกครอง จึงอาจเกิดความไม่ชัดเจนว่าการลงโทษในรูปแบบดังกล่าวเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะของกฎหมายอาญาหรือไม่

๓.๑.๒ ลักษณะโทษตามประมวลกฎหมายอาญาไทย

(๑) มาตรา ๑๘ แห่งประมวลกฎหมายอาญา กำหนดให้มีโทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิด ๕ สถานคือ (๑) ประหารชีวิต (๒) จำคุก (๓) กักขัง (๔) ปรับ และ (๕) ริบทรัพย์สิน^{๑๙๘}

โทษประหารชีวิต ปัจจุบันกฎหมายกำหนดให้ดำเนินการด้วยวิธีฉีดยาหรือสารพิษให้ตาย^{๑๙๙}

โทษจำคุก สามารถแบ่งประเภทได้เป็น โทษจำคุกไม่มีกำหนด (จำคุกตลอดชีวิต) และโทษจำคุกที่มีกำหนดระยะเวลา โดยในกรณีของโทษจำคุกที่มีกำหนดระยะเวลานั้น กฎหมายกำหนดให้ลงโทษได้สูงสุดไม่เกิน ๕๐ ปี^{๒๐๐} และกฎหมายอาจกำหนดให้ใช้โทษปรับควบคู่ไปกับโทษจำคุกด้วย โดยหากกำหนดให้ใช้โทษจำคุกหรือปรับสำหรับความผิดลักษณะใด ศาลอาจใช้ดุลพินิจลงโทษจำคุกอย่างเดียว หรือปรับอย่างเดียว หรือทั้งจำคุกและปรับก็ได้^{๒๐๑} และในกรณีที่กฎหมาย

^{๑๙๕} Hugh D. Barlow, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๖๙, หน้า ๔๙๗ - ๕๐๒

^{๑๙๖} Hugh D. Barlow, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๖๙, หน้า ๕๐๒ - ๕๐๓

^{๑๙๗} Ralph Davidson, The Promiscuous Fine, 8 Crim.L.Q. 74 (1965)

^{๑๙๘} ในส่วนของลักษณะโทษนั้น ไม่เคยมีการแก้ไขเลยนับแต่วันที่ประมวลกฎหมายอาญาดับที่ที่ใช้ในปัจจุบันใช้บังคับ (ตั้งแต่วันที่ ๑ มกราคม พ.ศ. ๒๕๐๐ ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๔๙๙)

^{๑๙๙} มาตรา ๑๙ ประมวลกฎหมายอาญา แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ๑๖) พ.ศ. ๒๕๕๖ มาตรา ๔

^{๒๐๐} ตามนัยแห่งมาตรา ๕๑ และมาตรา ๙๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

^{๒๐๑} จิตติ ดิงศภัทัย, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๕๘, หมายเลขย่อหน้า ๓๗๗

กำหนดเป็นโทษจำคุกและปรับ หากศาลเห็นสมควรอาจพิจารณาลงแต่โทษจำคุกก็ได้^{๒๐๒} เว้นแต่กฎหมายจะระบุเป็นการเฉพาะให้ลงโทษทั้งจำคุกและปรับ^{๒๐๓}

โทษกักขัง เป็นโทษซึ่งไม่มีในกฎหมายลักษณะอาญาเดิม แต่ถูกบัญญัติขึ้นใหม่ในประมวลกฎหมายอาญา โดยกฎหมายนิยามการกักกันไว้ว่า เป็นการกักกันตัวไว้ในสถานที่กักขังซึ่งกำหนดไว้อันมิใช่เรือนจำ สถานีตำรวจ หรือสถานที่ควบคุมผู้ต้องหาของพนักงานสอบสวน^{๒๐๔} โดยศาลอาจลงโทษกักขังแทนการจำคุกกระยะสั้นไม่เกินสามเดือนภายใต้เงื่อนไขตามที่ระบุไว้ในกฎหมาย^{๒๐๕} รวมทั้งสามารถใช้โทษกักขังแทนการปรับในกรณีที่ต้องโทษปรับไม่ชำระค่าปรับภายในกำหนดได้^{๒๐๖}

โทษปรับ ศาลสามารถกำหนดจำนวนค่าปรับที่ต้องชำระเป็นเงินได้ไม่เกินอัตราโทษปรับสูงสุดที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ดี กฎหมายมิได้กำหนดเพดานโทษปรับสูงสุดไว้ในทำนองเดียวกันกับมาตรา ๔๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น ในกรณีที่มีความผิดหลายกระทงศาลย่อมกำหนดโทษปรับสูงเท่าไรก็ได้ โดยหากผู้ต้องโทษไม่ชำระภายในกำหนดก็ให้บังคับโดยยึดทรัพย์สินหรือกักขังแทนค่าปรับได้^{๒๐๗} ทั้งนี้ กฎหมายมิได้กำหนดให้ต้องพิจารณาฐานะทางการเงินของผู้ต้องโทษปรับแต่อย่างใด จึงอาจเกิดประเด็นปัญหาประสิทธิภาพของการใช้โทษปรับกับบุคคลซึ่งมีความแตกต่างทางฐานะได้^{๒๐๘}

โทษริบทรัพย์สิน เป็นการริบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่เกี่ยวข้องกับความผิด โดยกฎหมายแบ่งการริบทรัพย์สินออกเป็นสองประเภท คือ การริบโดยเด็ดขาด^{๒๐๙} ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลต้องริบทรัพย์สิน ไม่อาจใช้ดุลพินิจที่จะไม่ริบได้ เช่น กรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ริบทรัพย์สินที่ใช้กระทำความผิด หรือกรณีของทรัพย์สินที่ได้ใช้หรือได้มาในการกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่การงาน และ การริบโดยดุลพินิจ^{๒๑๐} ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลอาจจะริบทรัพย์สินหรือไม่ก็ได้ เช่น ทรัพย์สินที่บุคคลได้มาโดยได้กระทำความผิด

(๒) นอกเหนือจากลักษณะโทษที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๘ แล้วประมวลกฎหมายอาญายังกำหนดให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจมีคำสั่งให้ผู้ต้องโทษปรับทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนค่าปรับก็ได้^{๒๑๑} อย่างไรก็ดี ศาลจะมีคำสั่งดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อผู้ต้องโทษปรับสมัครใจร้องขอเอง และหากในระหว่างทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนค่าปรับผู้ต้องโทษไม่ประสงค์ที่จะทำงานดังกล่าวต่อไป ก็อาจขอเปลี่ยนไปรับโทษปรับหรือกักขังแทนค่าปรับได้^{๒๑๒} การทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์จึงเป็นเพียงมาตรการผ่อนปรนที่ศาลอาจนำมาใช้แทนโทษปรับ แต่ไม่จัดเป็นโทษอาญา

^{๒๐๒} มาตรา ๒๐ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

^{๒๐๓} มาตรา ๑๗ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

^{๒๐๔} มาตรา ๒๔ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายอาญา

^{๒๐๕} มาตรา ๒๓ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

^{๒๐๖} มาตรา ๒๔ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

^{๒๐๗} มาตรา ๒๔ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

^{๒๐๘} ประเด็นการคำนวณโทษปรับ ดูหัวข้อย่อย ๓.๒.๒ การกำหนดหน่วยอัตราโทษปรับ

^{๒๐๙} มาตรา ๓๒, ๓๔ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

^{๒๑๐} มาตรา ๓๓ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

^{๒๑๑} มาตรา ๓๐/๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

^{๒๑๒} มาตรา ๓๐/๒ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

(๓) ประมวลกฎหมายอาญามีได้กำหนดไว้เพียง “โทษ” เท่านั้น แต่กำหนดให้มีวิธีการเพื่อความปลอดภัย^{๒๑๓} ด้วย ซึ่งประกอบไปด้วย (๑) กักกัน (๒) ห้ามเข้าเขตกำหนด (๓) เรียกประกันทัณฑ์บน (๔) คุมตัวไว้ในสถานพยาบาล และ (๕) ห้ามการประกอบอาชีพบางอย่าง ทั้งนี้ แม้ว่าวิธีการเพื่อความปลอดภัยบางลักษณะอาจมีความคล้ายกับมาตรการลงโทษในมาตรา ๑๘ โดยเฉพาะมาตรการกักกันซึ่งมีลักษณะคล้ายโทษกักขัง และแม้ว่าการใช้มาตรการดังกล่าวจะมีวัตถุประสงค์หรือผลพวงบางประการที่เหมือนกับการลงโทษก็ตาม^{๒๑๔} แต่กฎหมายก็ไม่ถือว่าวิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นการลงโทษทางอาญา แต่ถือเป็นมาตรการเพื่อกันผู้กระทำผิดออกจากสังคม ในระยะเวลาหนึ่งภายหลังจากที่ได้รับโทษครบแล้ว วิธีการเพื่อความปลอดภัยจึงมีลักษณะเป็นมาตรการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม มิใช่มาตรการทางกฎหมายอาญาตามความหมายอย่างแคบ ดังนั้น จึงขอละไว้ที่จะกล่าวถึงวิธีการเพื่อความปลอดภัยโดยละเอียด

๓.๑.๓ โทษในรูปแบบอื่น ๆ

แม้ในปัจจุบันประเทศส่วนใหญ่จะกำหนดให้มีโทษอาญาเพียงไม่กี่รูปแบบ กล่าวคือ โทษประหารชีวิต โทษจำคุกเสรีภาพ และโทษที่ทำให้เสียไปซึ่งทรัพย์สิน^{๒๑๕} แต่ในความเป็นจริงพบว่ามีการใช้โทษอาญาในรูปแบบที่หลากหลาย จนยากที่จะคิดค้นหารูปแบบการลงโทษที่ไม่ปรากฏว่ามีการใช้ที่เคยมาก่อน โดยที่ยังมีลักษณะที่อาจจัดให้อยู่ภายใต้กรอบวัตถุประสงค์และนิยามของโทษอาญาด้วยได้ ดังนั้น การกล่าวถึงโทษในรูปแบบอื่น ๆ จึงไม่จำกัดอยู่เฉพาะเพียงการหารูปแบบโทษที่ไม่เคยมีการใช้มาก่อน แต่ย่อมหมายถึงโทษอาญาในรูปแบบต่าง ๆ ที่ไม่ได้มีการกำหนดไว้ในกฎหมายด้วย ผู้จัดทำจึงจะขอกกล่าวถึงโทษรูปแบบต่าง ๆ ที่(ยัง)ไม่ถูกกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยโดยจำแนกตามประเภท ดังนี้

(๑) โทษที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดทางร่างกายระยะสั้นที่ไม่จัดเป็นการทารุณกรรมและไม่ทำให้เกิดบาดแผลหรือมีผลเสียต่อร่างกายในระยะยาว (Pain) โดยผู้ที่สนับสนุนการใช้โทษรูปแบบดังกล่าวมักให้เหตุผลว่าเป็นโทษที่มีประสิทธิภาพในการป้องปรามอาชญากรรม^{๒๑๖} เพราะความเจ็บปวดทางร่างกายย่อมส่งผลให้มีการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมได้โดยสัญชาตญาณ ขณะเดียวกันก็สามารถแก้ปัญหาที่เกิดจากการใช้โทษจำคุก รวมถึงปัญหาคุกกันได้ โดยผู้รับโทษนั้นไม่ต้องเสียเวลาในการทำมาหากินหรือต้องเผชิญกับความยากลำบากและความเจ็บปวดทรมานอันเป็นผลจากการที่อยู่ในเรือนจำ นอกจากนี้ ยังเป็นการประหยัดงบประมาณให้กับภาครัฐทั้งทางตรงและทางอ้อมอีกด้วย อย่างไรก็ตาม ผู้ที่ไม่สนับสนุนให้ใช้โทษที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดทางร่างกายให้เหตุผลว่า การลงโทษในลักษณะนี้ไม่อาจกำหนดระดับโทษให้มีขนาดหรือจำนวนที่แน่นอนเหมือนระยะเวลาจำคุกหรือจำนวนเงินค่าปรับได้ เพราะในปัจจุบันยังไม่มีวิธีการวัดระดับความเจ็บปวด

^{๒๑๓} มาตรา ๓๙ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

^{๒๑๔} วิธีการเพื่อความปลอดภัยนั้น นอกจากจะถูกนำมาใช้เพื่อกันคนผิดออกจากสังคมแล้ว มาตรการดังกล่าวยังมีวัตถุประสงค์เพื่อบำบัดเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้กระทำผิด และยังสามารถส่งผลให้เกิดความอับอายเสียชื่อเสียงอีกด้วย, กล่าวไว้ในหน้า ๑๑

^{๒๑๕} Hugh D. Barlow, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๖๙, หน้า ๔๘๑

^{๒๑๖} สกล นิศารัตน์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๔๔, บทที่ ๗, หน้า ๘๒ - ๙๔; Graeme Newman, Just and Painful: A Case for the Corporal Punishment of Criminals, London: Collier Macmillan, 1983

ได้อย่างชัดเจนประกอบกับการรับรู้ความเจ็บปวดของแต่ละบุคคลอาจมีความแตกต่างกัน^{๒๑๗} ยิ่งไปกว่านั้น การลงโทษด้วยการทำให้เกิดความเจ็บปวดยังสะท้อนถึงการลงโทษในยุคที่มีการแบ่งชนชั้นในสังคม ซึ่งเป็นแนวคิดที่ไม่อาจนำมาใช้ได้ในปัจจุบัน เพราะเป็นแนวคิดที่ขัดกับคุณค่าตามหลักเสรีประชาธิปไตยที่กำหนดให้รัฐต้องเคารพทุกคนในฐานะมนุษย์อย่างเท่าเทียม^{๒๑๘}

(๒) โทษที่มุ่งเน้นให้เกิดความอับอายเสียชื่อเสียง (Shaming) โดยผู้ที่สนับสนุนให้ใช้โทษลักษณะนี้มักมองว่าการลงโทษนอกจากจะมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้กระทำความผิดรับโทษที่สาสมกับความผิดแล้ว ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความรู้สึกของคนในสังคมที่ต้องการจะประณามผู้กระทำความผิดอีกด้วย^{๒๑๙} ดังนั้น การทำให้ผู้ต้องโทษต้องอับอายต่อหน้าสาธารณะย่อมเป็นการลงโทษทางเลือกที่จะได้รับการยอมรับจากสังคม^{๒๒๐} โดยการทำให้อับอายนั้นอาจดำเนินการได้โดยวิธีต่าง ๆ อาทิ^{๒๒๑} (ก) การประจานต่อสาธารณะ (Stigmatizing Publicly) โดยการประกาศชื่อผู้กระทำความผิดตามสื่อต่าง ๆ ให้ทราบเป็นการทั่วไป (ข) การตราบาปให้สาธารณะเห็น (Literal Stigmatization) โดยการให้ใส่กำไลข้อมือที่มีข้อความแสดงให้เห็นว่าเป็นผู้ต้องโทษในข้อหาอะไร (ค) การให้แสดงออกต่อสาธารณะในลักษณะที่ทำให้เกิดความอับอาย (Self-debasement) โดยให้ผู้ต้องโทษหลักทรัพย์ต้องทนยอมให้โจทก์เข้าไปเลือกหยิบทรัพย์สินจากบ้านของจำเลยได้ หรือ (ง) การบังคับให้แสดงออกถึงความสำนึกผิด (Contrition) โดยการให้ผู้ต้องโทษขอโทษต่อเหยื่อจนกว่าเหยื่อจะยอมรับว่าผู้ต้องโทษได้สำนึกผิดแล้ว อย่างไรก็ตาม การใช้โทษที่มุ่งให้เกิดความอับอายนั้น นอกจากลุ่มเสี่ยงที่จะเป็นมาตรการที่ขัดกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว ในทางปฏิบัติยังอาจส่งผลให้ผู้ต้องโทษไม่สามารถกลับเข้าเป็นส่วนหนึ่งของสังคมและเป็นปัจจัยกดดันให้กลับไปกระทำความผิดซ้ำจนกลายเป็นอาชญากรมืออาชีพอีกด้วย

(๓) โทษที่มุ่งเน้นการเยียวยาเหยื่อของการกระทำความผิดและการสมานสัมพันธ์ระหว่างเหยื่อกับผู้กระทำ (Community and Restorative Justice) โดยแนวคิดพื้นฐานของมาตรการนี้มิได้มุ่งเน้นไปที่ตัวผู้กระทำความผิด^{๒๒๒} แต่ให้ความสำคัญกับเหยื่อเป็นหลัก โดยมักใช้กระบวนการที่เปิดให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดชดเชยความเสียหายให้กับเหยื่อ^{๒๒๓} อาทิ การให้คนในชุมชนประชุมร่วมกันเพื่อกำหนดโทษและหาทางแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำความผิดอีก (Circle Sentencing)^{๒๒๔} การให้ญาติและผู้ใกล้ชิดเหยื่อและผู้กระทำความผิดประชุมร่วมกันเพื่อกำหนดหาทางชดเชยให้เหยื่อและแก้ไขผู้กระทำความผิด (Family Group Conferencing)^{๒๒๕} หรือการใช้

^{๒๑๗} Nigel Walker, Book Reviews: Just and Painful: A Case for the Corporal Punishment of Criminals, 12 Crim. Just. & Behavior 387 (388) (1995)

^{๒๑๘} Dan M. Kahan, What Do Alternative Sanctions Mean?, The University of Chicago Law Review, Vol. 63, No. 2 (Spring 1996), pp. 591 (611-612)

^{๒๑๙} กล่าวถึงแล้วข้างบน ในหัวข้อย่อยที่ ๒.๒.๑ วัตถุประสงค์ของโทษอาญา

^{๒๒๐} Dan M. Kahan, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๒๑๘, หน้า ๖๓๐

^{๒๒๑} Dan M. Kahan, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๒๑๘, หน้า ๖๓๑ - ๖๓๔

^{๒๒๒} Toff R. Clear, Restorative Justice, 4 Criminology & Pub. Pol'y 101 (2005)

^{๒๒๓} Gordon Bazemore, The Community in Community Justice: Issues, Themes, and Questions for the New Neighborhood Sanctioning Models, 19 The Justice System Journal, 193 (1997)

^{๒๒๔} Gordon Bazemore, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๒๒๓, หน้า ๑๙๗-๑๙๘; Luke McNamara, Appellate Court Scrutiny of Circle Sentencing, 27 Manitoba Law Journal, pp. 209 (1999)

^{๒๒๕} Gordon Bazemore, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๒๒๓, หน้า ๑๙๓ (๑๙๗-๑๙๘)

กระบวนการที่มีคนกลางที่มีใช้ศาลทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยระหว่างเหยื่อและผู้กระทำผิด (Victim/Offender Mediation)^{๒๒๖}

ทั้งนี้ แม้ว่ากระบวนการดังกล่าวจะเปิดให้ครอบครัวหรือชุมชน เข้ามามีส่วนร่วมจนมีลักษณะเป็นการประณามและส่งผลให้ผู้กระทำผิดมีความอับอายในระดับหนึ่ง ก็ตาม^{๒๒๗} แต่ก็มิได้หมายความว่ากระบวนการนี้จะมีนัยจำกัดอยู่เพียงมิติของการลงโทษเท่านั้น เพราะการ นำแนวคิดที่มุ่งเน้นไปที่การชดเชยให้กับเหยื่อของการกระทำผิดรวมถึงการสมานสัมพันธ์แทนการมุ่งเน้น ไปที่ตัวผู้กระทำผิดมาใช้ ย่อมมีผลต่อรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในภาพรวม ดังนั้น หากจะพิจารณานำแนวคิดนี้มาปรับใช้กับกฎหมายอาญาของไทย อาจต้องพิจารณาถึงความสอดคล้อง กับระบบกฎหมายอาญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบันด้วย

(๔) โทษทางเลือกหรือโทษระดับกลาง (Intermediate Punishment)

ผู้ที่สนับสนุนการใช้โทษทางเลือกก็มีแนวคิดที่ว่า ผลของการลงโทษไม่อาจวัดจากรูปแบบและขนาด ของโทษเพียงด้านเดียวได้ แต่ต้องวัดจากผลกระทบของโทษที่จะเกิดกับแต่ละบุคคลด้วย ดังนั้น ในกรณี ของผู้กระทำผิดบางรายศาลอาจพิจารณาใช้การลงโทษรูปแบบอื่นแทนโทษจำคุก โดยที่การลงโทษ ดังกล่าวจะยังมีผลต่อผู้กระทำผิดรายนั้นไม่ต่างจากการจำคุกได้ (Interchangeability)^{๒๒๘} ทั้งนี้ โทษทางเลือก มักมีลักษณะของการให้รอลงอาญาควบคู่ไปกับการให้น้ำเพื่อประโยชน์สาธารณะ การควบคุมพฤติกรรม หรือการกักขังภายในสถานที่พักส่วนตัว อย่างไรก็ตาม แม้การใช้โทษทางเลือกหรือโทษระดับกลาง จะสามารถแก้ปัญหานักโทษล้นคุกได้ชั่วขณะหนึ่ง แต่ข้อมูลจากการศึกษาเชิงประจักษ์กลับแสดงให้เห็นว่า การใช้โทษทางเลือกมีผลป้องปรามการก่ออาชญากรรมที่มีประสิทธิภาพน้อยลง ผู้ที่ได้รับโทษดังกล่าว มักกลับมาทำผิดซ้ำอีกและต้องโทษจำคุกในที่สุด^{๒๒๙} ดังนั้นการใช้โทษทางเลือกจึงไม่ช่วยแก้ปัญหานักโทษล้นคุกในระยะยาวได้

๓.๒ ระดับหรือขนาดของโทษ

การพิจารณากำหนดโทษโดยศาลนั้นมิได้ถูกจำกัดเพียงในส่วนของการกำหนด ประเภทโทษเท่านั้น แต่ในส่วนของอัตราโทษ (ขนาดหรือจำนวนโทษ) ศาลก็ไม่อาจกำหนดเกินไปจากกรอบ ของกฎหมายได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม เนื่องจากผู้กระทำผิดในแต่ละคดีอาจมีพฤติการณ์ที่แตกต่างกัน ไป รวมถึงอาจมีปัจจัยส่วนตัวและปัจจัยทางสังคม (ประวัติภูมิหลัง) ที่ต่างกัน การจะกำหนดโทษให้เท่ากัน ในทุกกรณีย่อมจะเกิดปัญหาความไม่เสมอภาคและความไม่เป็นธรรมต่อตัวผู้กระทำผิด^{๒๓๐} ดังนั้น

^{๒๒๖} สหภาพยุโรปได้ให้ความหมายการไกล่เกลี่ยระหว่างเหยื่อและผู้กระทำผิด ว่า เป็นกระบวนการที่เปิดโอกาสให้เหยื่อและผู้กระทำผิดที่สมัครใจ ร่วมกันหาหนทางแก้ปัญหที่เกิดจากการกระทำผิดทางอาญา โดยมีคนกลางทำหน้าที่ไกล่เกลี่ย (Council of Europe, -Appendix to Recommendation R(99)19 concerning mediation in penal matters, I. อ้างตาม *Katja Filipčić*, Victim-Offender Mediation, Promising Alternative to Criminal Procedure in Slovenia, in: 148 *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata* 69 (70) (2011)

^{๒๒๗} *Gordon Bazemore*, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๒๒๓, หน้า ๑๔๓ (๒๐๒)

^{๒๒๘} *Norval Morris/Michael Tonry*, *Between Prison and Probation: Intermediate Punishments in a Rational Sentencing System*, p. 93 (Oxford, 1990), อ้างตาม *Anthony N. Doob/Voula Marinou*, *Reconceptualizing Punishment: Understanding the Limitations on the Use of Intermediate Punishments*, in: 2 U. Chi. Sch. Roundtable 413, Fn. 1

^{๒๒๙} *Anthony N. Doob/Voula Marinou*, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๒๒๘

^{๒๓๐} จิตติ ดิงศภัทิย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๕๘, หมายเลขย่อหน้า ๑๐๑๗

กฎหมายจึงมักไม่กำหนดอัตราโทษที่ตายตัว แต่จะกำหนดเพียงกรอบอัตราโทษด้วยการกำหนดให้มีเฉพาะอัตราโทษขั้นสูงหรือกำหนดให้มีอัตราโทษขั้นสูงและขั้นต่ำ โดยกฎหมายจะเปิดช่องให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจภายในกรอบดังกล่าวเพื่อกำหนดระดับโทษสำหรับผู้กระทำผิดแต่ละรายได้

อย่างไรก็ดี เมื่อกฎหมายเปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจได้นั้น ย่อมเกิดคำถามว่า ศาลต้องคำนึงถึงหลักและข้อเท็จจริงประการใดบ้างในการใช้ดุลพินิจ และจะมีการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าวได้อย่างไร (ดูหัวข้อย่อยที่ ๓.๒.๑) นอกจากนั้น กรอบอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายเองก็อาจมีความไม่เหมาะสมด้วยเหตุปัจจัยต่าง ๆ เช่น ปัจจัยทางสังคมหรือเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป หรือปัจจัยส่วนตัวของผู้กระทำผิดที่มีความแตกต่างกัน โดยเฉพาะในกรณีของโทษปรับซึ่งมักใช้หน่วยปรับเป็นเงินนั้น มูลค่าของเงิน (มูลค่าทั่วไป และมูลค่าเฉพาะบุคคล) อาจเปลี่ยนไปตามเวลา สภาพเศรษฐกิจ รวมถึงรายได้หรือสถานะทางการเงินของผู้ต้องโทษได้ ดังนั้น ผู้ออกกฎหมายจึงอาจพิจารณา กำหนดหน่วยของอัตราโทษหรือวิธีการคำนวณอัตราโทษให้สอดคล้องไปกับปัจจัยต่าง ๆ เพื่อให้การลงโทษมีประสิทธิภาพโดยไม่จำเป็นต้องแก้กฎหมายหมายบ่อย ๆ ได้ (ดูหัวข้อย่อยที่ ๓.๑.๒)

๓.๒.๑ การใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษรายกรณี

การกำหนดโทษอาญาในแต่ละกรณีนั้น กฎหมายกำหนดให้ศาลใช้ดุลพินิจได้ภายในกรอบอัตราโทษที่กฎหมายกำหนด แต่การใช้ดุลพินิจนั้นศาลย่อมไม่อาจพิจารณาได้ตามอำเภอใจ แต่ต้องพิจารณาให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการใช้กฎหมายอาญาในการลงโทษผู้กระทำผิดตามหลักทฤษฎีสัมพัทธ์^{๒๓๑} รวมถึงต้องพิจารณากำหนดโทษให้สอดคล้องกับความชั่วของผู้กระทำผิดตามหลักทฤษฎีเด็ดขาด โดยต้องพิจารณาทั้งสองทฤษฎีประกอบกันไป^{๒๓๒}

นอกจากต้องใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามหลักทฤษฎีดังกล่าวแล้ว เพื่อให้การใช้ดุลพินิจของศาลมีความเป็นเอกภาพและจำกัดไม่ให้เกิดกรณีการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ ศาลไทยจึงกำหนดให้มีการใช้บัญชีระดับอัตราโทษหรือที่เรียกกันโดยย่อว่า “ยี่ต็อก”^{๒๓๓} ซึ่งแต่ละศาลจะกำหนดให้มีขึ้นตามความเหมาะสมของสภาพเหตุการณ์ วัฒนธรรม หรือประเพณีแห่งท้องถิ่นในแต่ละจังหวัดหรือในแต่ละภาค ทั้งนี้ ผู้พิพากษาย่อมต้องพิจารณากำหนดโทษให้สอดคล้องไปกับ “ยี่ต็อก” แต่หากผู้พิพากษาเห็นว่าคดีใดจำเป็นต้องกำหนดโทษให้ต่างไปจาก “ยี่ต็อก” ก็ต้องให้เหตุผลประกอบเป็นพิเศษ และ/หรือต้องนำประเด็นเข้าหารือหัวหน้าผู้พิพากษาหรือที่ประชุมคณะผู้พิพากษาในศาลนั้นเสียก่อน

อย่างไรก็ดี การใช้ “ยี่ต็อก” อาจมีผลเสียหลายประการ กล่าวคือ เมื่อมีการใช้ “ยี่ต็อก” จนกลายเป็นแนวปฏิบัติที่ผู้พิพากษาต้องทำตามแล้ว อาจมีผลทำให้ศาลให้น้ำหนักกับปัจจัยต่าง ๆ ที่พึงพิจารณาน้อยลง โดยเฉพาะประวัติดูหมิ่นหรือปัจจัยอื่นที่เกี่ยวกับ

^{๒๓๑} ประเด็นวัตถุประสงค์ของโทษอาญา กล่าวแล้วในหัวข้อย่อย ๒.๒.๑ วัตถุประสงค์ของโทษอาญา หน้า ๗, โดยในส่วนของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษนั้น อาจพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลไทยได้ว่า ศาลคำนึงถึงวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อแก้แค้นให้สาสม วัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อป้องกัน และวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขประกอบกันไป (ดู: ศุภวิทย์ *ตั้งตรงจิตย์* และคณะ, การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลยุติธรรม, รายงานวิชาการในหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น” รุ่นที่ ๓, สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, พ.ศ. ๒๕๔๙, หน้า ๑๓-๑๔).

^{๒๓๒} หลักทฤษฎีเด็ดขาดและทฤษฎีสัมพัทธ์ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ, ดู: หุตุ แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค ๑*, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. ๒๕๓๗, หน้า ๒๐๖ - ๒๐๘

^{๒๓๓} ศุภวิทย์ *ตั้งตรงจิตย์* และคณะ, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๒๓๑, หน้า ๑๔ - ๑๕

ตัวผู้กระทำความผิด ดังนั้น แม้ว่า “ยี่ต็อก” จะมีได้บังคับให้ศาลต้องกำหนดโทษตามนั้นทุกกรณี แต่ไม่อาจปฏิเสธได้ว่า “ยี่ต็อก” มีผลในทางปฏิบัติเป็นการจำกัดการใช้ดุลพินิจของศาลเกินไปกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ นอกจากนั้น หากศาลไม่ให้ความสำคัญกับการปรับปรุง “ยี่ต็อก” ให้มีความเหมาะสมอยู่อย่างสม่ำเสมอแล้ว “ยี่ต็อก” อาจกลายเป็นอุปสรรคในการที่จะใช้กฎหมายอาญาให้ตรงตามวัตถุประสงค์เสียเองได้^{๒๓๔}

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า เพื่อให้การลงโทษทางอาญาเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ศาลย่อมต้องพิจารณาถึงปัจจัยต่าง ๆ ทั้งปัจจัยที่เกี่ยวข้องเนื่องด้วยคดีและปัจจัยที่เกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิด (เช่น ประวัติภูมิหลัง) ดังนั้น กฎหมายจึงไม่อาจกำหนดเจาะจงจำนวนหรือขนาดของโทษให้ตายตัว แต่ย่อมต้องกำหนดไว้เพียงกรอบกว้าง ๆ และเปิดช่องให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในรายการกรณีได้ ทั้งนี้ ศาลต้องใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายและใช้อย่างมีเอกภาพ โดย “เอกภาพ” ตามความหมายนี้คงมิได้มีนัยเพียงการกำหนดโทษให้เท่า ๆ กันในกรณีที่มีความคล้ายคลึงกัน แต่ย่อมต้องหมายถึงเอกภาพในหลักที่ศาลต้องคำนึงถึงในการใช้ดุลพินิจ และเอกภาพในศีลธรรมจรรยาและความซื่อสัตย์ของศาล (Integrity) ที่จะพิจารณากำหนดโทษให้เหมาะสม ซึ่งคงไม่อาจทำให้เกิดขึ้นโดยอาศัยเพียงบัญชีระดับอัตราโทษ หรือ “ยี่ต็อก” อย่างเดียวได้

๓.๒.๒ การกำหนดหน่วยอัตราโทษปรับ

รูปแบบการกำหนดอัตราโทษปรับที่เริ่มได้รับความสนใจในหลายประเทศรูปแบบหนึ่งคือการลงโทษปรับตามรายได้ (Day Fines, Tagessätzen)^{๒๓๕} โดยตามระบบนี้กฎหมายจะกำหนดโทษปรับในหน่วยวันปรับ (Days) แทนการกำหนดเป็นจำนวนเงินแบบตายตัวหรือกฎหมายอาจกำหนดให้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาอัตราโทษในหน่วยวันปรับเองได้ โดยศาลจะนำโทษปรับที่กำหนดไว้สำหรับความผิดดังกล่าวไปคูณกับรายได้สุทธิต่อวันของผู้ต้องโทษ จึงจะได้เป็นโทษปรับที่เป็นจำนวนเงินที่สามารถนำไปบังคับกับผู้ต้องโทษได้^{๒๓๖} ทั้งนี้ การประเมินรายได้สุทธิต่อวันของผู้กระทำความผิดนั้น นอกจากจะนำรายได้จริงมาพิจารณาแล้วศาลยังต้องพิจารณาถึงฐานะทางเศรษฐกิจโดยรวมของผู้ที่กระทำความผิดด้วย ซึ่งในส่วนนี้ศาลต้องใช้ข้อมูลจากการเสียภาษี และข้อมูลการสืบสวน สอบสวน ใด่สวน ซึ่งมักมีความยุ่งยากท้าทายในทางปฏิบัติ^{๒๓๗}

การลงโทษปรับตามรายได้นั้นมีข้อดีหลายประการ โดยนอกจากจะทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกถึงความสูญเสีย (เจ็บปวด) ในระดับที่เท่า ๆ กัน เพราะมีการปรับจำนวนเงินให้สอดคล้องกับรายได้ของผู้กระทำความผิดแล้ว โทษปรับตามรายไดยังทำให้สามารถกำหนดจำนวนโทษให้สอดคล้องไปกับอัตราเงินเพื่อโดยไม่จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายอยู่เรื่อย ๆ ได้^{๒๓๘} อย่างไรก็ตาม ผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับการใช้โทษปรับตามรายได้มักให้เหตุผลว่า การกำหนดขนาดของโทษด้วยวิธีนี้ขัดกับหลักความเสมอภาค และการประเมินรายได้สุทธิของผู้กระทำความผิดก็ยังคงมีความยุ่งยากมากอีกด้วย ทั้งนี้ ผู้จัดทำเห็นว่าเมื่อการปรับตามรายได้

^{๒๓๔} ศุภวิทย์ ตั้งตรงจิตย์ และคณะ, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๒๓๑, หน้า ๑๕

^{๒๓๕} ประเทศที่ใช้โทษปรับตามรายได้ อาทิ ประเทศในกลุ่มสแกนดิเนเวีย ประเทศเยอรมนี ประเทศออสเตรเลีย สวิสเซอร์แลนด์ อังการี ฝรั่งเศส และโปรตุเกส, ดู ^{๒๓๕} สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, บทที่ ๕ การใช้โทษปรับในการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญา, รายงานฉบับสมบูรณ์ เล่มที่ ๑, โครงการการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์, หน้า ๗๖ (๘๔)

^{๒๓๖} สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๒๓๕, หน้า ๘๕

^{๒๓๗} สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๒๓๕, หน้า ๘๘

^{๒๓๘} สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๒๓๕, หน้า ๘๓

เป็นการลงโทษที่แตกต่างกันเนื่องจากผู้ถูกลงโทษมีฐานะที่ต่างกันแล้ว ย่อมเป็นการลงโทษที่สอดคล้องกับหลักที่ว่า “สิ่งที่เหมือนกันต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน สิ่งที่แตกต่างกันต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน”^{๒๓๔} อยู่แล้ว นอกเหนือจากนั้น หากพิจารณาโทษจากระดับความสูญเสียหรือเจ็บปวดที่เกิดต่อบุคคลที่รับโทษแล้ว การใช้โทษปรับตามรายได้ย่อมมีความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาค ยิ่งกว่าการปรับเป็นจำนวนเงินแบบตายตัวโดยไม่คำนึงถึงรายได้และสถานะทางเศรษฐกิจของผู้ที่ถูกปรับอีกด้วย คงเหลือแต่ประเด็นการประเมินรายได้สุทธิของผู้กระทำผิดซึ่งจำเป็นต้องอาศัยการมีฐานข้อมูลที่มีความเชื่อมโยงและครอบคลุม ดังนั้น หากประเทศไทยจะนำระบบโทษปรับตามรายได้มาใช้ในกรอบของกฎหมายอาญา ก็จำเป็นต้องดำเนินการปรับปรุงระบบฐานข้อมูลให้ดีขึ้นก่อน

๓.๓ สรุปในประเด็นรูปแบบและขนาดของโทษอาญา

ในปัจจุบัน พบว่าโทษประหารชีวิต โทษจำคุก และโทษปรับ เป็นโทษอาญาที่ใช้กันอย่างแพร่หลายที่สุด โดยในส่วนของประเทศไทยนั้น ประมวลกฎหมายอาญากำหนดให้มีโทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำผิดห้าประเภท คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน และในบางกรณีศาลยังอาจมีคำสั่งให้ผู้ต้องโทษปรับทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนค่าปรับได้อีกด้วย อย่างไรก็ตามโทษอาญาได้มีความหมายจำกัดอยู่เพียงการประหารชีวิต จำคุก หรือปรับเท่านั้น แต่อาจมีได้หลากหลายรูปแบบ ซึ่งอาจรวมถึงโทษที่มีผลทำให้เจ็บปวดในระยะสั้นซึ่งไม่เป็นการทรมาน หรือโทษที่มุ่งทำให้อับอายโดยตรง นอกจากนี้ ยังมีแนวคิดที่จะใช้โทษอาญาเพื่อมุ่งเยี่ยวยาเหยื่อและประสานสัมพันธ์โดยให้ครอบครัวหรือชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดโทษอีกด้วย แต่โทษในรูปแบบอื่นดังที่กล่าวมาล้วนมีข้อดีข้อเสียที่แตกต่างกันไป ดังนั้น หากจะนำมากำหนดเป็นโทษอาญาในระบบกฎหมายไทยแล้ว ผู้ออกกฎหมายย่อมต้องพิจารณาและชั่งน้ำหนักให้รอบคอบ

ในส่วนของจำนวนหรือขนาดโทษนั้น กฎหมายไทยเปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจได้ภายในกรอบอัตราโทษที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้ศาลสามารถพิจารณากำหนดโทษให้เหมาะสมกับสภาพการณ์และปัจจัยเฉพาะตัวของผู้กระทำผิดในแต่ละกรณีได้ โดยศาลไทยได้มีการใช้ระบบบัญชีระดับอัตราโทษหรือ “ยี่ต็อก” เพื่อรับประกันความมีเอกภาพในการใช้ดุลพินิจของศาล อย่างไรก็ตามระบบดังกล่าวมีข้อเสียหลายประการ จนอาจกล่าวได้ว่า “ยี่ต็อก” ได้กลายเป็นอุปสรรคหรือข้อจำกัดในการที่ศาลจะใช้ดุลพินิจให้ตรงตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเสียเอง ด้วยเหตุนี้ จึงอาจมีความจำเป็นที่จะต้องทบทวนการใช้ระบบ “ยี่ต็อก” รวมทั้งอาจนำวิธีการคำนวณขนาดโทษแบบอื่น ๆ เช่น การนำระบบโทษปรับตามรายได้มาใช้ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของการลงโทษด้วย

๔. ประสิทธิภาพในการบังคับใช้โทษอาญา

๔.๑ การบังคับใช้กฎหมายอาญา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หมวด ๕ หน้าที่ของรัฐ มาตรา ๕๓ บัญญัติว่า รัฐต้องดูแลให้มีการปฏิบัติตามและบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด ดังนั้น เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายที่มีโทษทางอาญา จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องดูแลให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวและบังคับใช้กฎหมายนั้นอย่างเคร่งครัด

^{๒๓๔} อภิวัฒน์ สุตสา, หลักความเสมอภาค ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, *จุลนิติ ม.ค. - ก.พ.*

๔.๒ ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย

นักกฎหมายในสำนักอรรถประโยชน์กล่าวว่า การที่รัฐบัญญัติกฎหมายมากเกินไปจนจะเป็นอันตรายต่อสังคม ทำให้เจ้าพนักงานประสบปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย อาจก่อให้เกิดการกระทำผิดและประทุพติมิชอบในวงราชการ รวมทั้ง การบังคับใช้กฎหมายโดยมิชอบ โดยเฉพาะในความผิดที่รัฐเป็นผู้เสียหาย หรืออาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย (victimless crimes) อาชญากรรมเหล่านี้มักไม่มีผู้เสียหายมาร้องทุกข์หรือกล่าวโทษต่อเจ้าพนักงาน ทำให้มีปัญหาและเป็นอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมาย เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด การพนัน โสเภณี การทำแท้ง และอื่น ๆ

นอกจากนี้ การบัญญัติกฎหมายในลักษณะที่เป็นการป้องกันมิให้บุคคลทำอันตรายต่อตนเอง โดยมีผลกระทบทางอ้อมต่อสังคมไม่มากพอที่จะใช้โทษทางอาญา ย่อมไม่คุ้มค่างับ การที่รัฐต้องใช้กำลังเจ้าหน้าที่และค่าใช้จ่ายไปกับการบังคับใช้กฎหมาย เช่น การบังคับให้ผู้ขับขี่รถจักรยานยนต์สวมหมวกนิรภัย หรือผู้ขับขี่รถยนต์คาดเข็มขัดนิรภัย กฎหมายลักษณะดังกล่าวเป็นประเด็นที่มักมีผู้อภิปรายถึงความจำเป็นหรือความเหมาะสมและปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอยู่เสมอ การบัญญัติกฎหมายควบคุมมาตรฐานความปลอดภัยหรือศีลธรรมของประชาชนโดยไม่คำนึงถึงประโยชน์ของสังคม นอกจากจะไม่ทำให้การไม่มีศีลธรรมลดน้อยลงแล้ว ยังก่อปัญหาแทรกซ้อนตามมา การบัญญัติกฎหมายโดยหลีกเลี่ยงการนำสิ่งที่เป็ผลร้ายทางอ้อมต่อสังคมมาบัญญัติเป็นกฎหมายห้ามการกระทำที่ก่อผลร้ายทางศีลธรรมต้องเป็นเรื่องทางศีลธรรมที่คนทั่วไปรู้สึกได้ กรณีที่กฎหมายอาญาบัญญัติป้องกันมิให้บุคคลทำร้ายตนเองมักเป็นความประทุพติมิชอบหรือการกระทำที่เป็นเรื่องผิดศีลธรรมด้วย เช่น การเสพสิ่งเสพติดหรือของมีนเมา

ในบางกรณีผู้มีอำนาจบัญญัติกฎหมายบังคับให้บุคคลประพฤติตนตามศีลธรรม โดยปราศจากการพิจารณาถึงผลร้ายทางอ้อมเพียงพอที่จะบัญญัติเป็นกฎหมายห้ามการกระทำนั้นหรือไม่ หรือกฎหมายนั้นใช้บังคับได้หรือไม่ในสังคม ดังเช่นตัวอย่างกรณีการบังคับให้ผู้ขับขี่รถจักรยานยนต์สวมหมวกนิรภัย หรือผู้ขับขี่รถยนต์คาดเข็มขัดนิรภัยซึ่งประสบปัญหาการบังคับใช้ หากใช้มาตรการให้ความรู้และการศึกษากับผู้ขับขี่ยานพาหนะถึงความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน และการมีทัศนคติที่ดีต่อกฎหมาย การเคารพกฎหมายย่อมได้รับความสำเร็จและความร่วมมือมากกว่า การลงโทษ

ในทำนองเดียวกัน การลงโทษผู้ใช้ยาเสพติดได้รับการสนับสนุนจากสังคม และนักการเมืองอย่างมาก รวมทั้งการบัญญัติโทษให้สูงขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ในการปราบปรามผู้กระทำความผิดอย่างเด็ดขาด ทั้งผู้ผลิต ผู้ค้า จำหน่าย ครอบครอง และผู้เสพ ในกรณีผู้เสพยาเสพติดนั้น เป็นการกระทำที่เป็นผู้ร้ายต่อผู้เสพโดยตรง ขณะที่เป็นการคุ้มครองสังคมจากผลร้ายที่เกิดขึ้นในทางอ้อม เช่น ผลเสียต่อการพัฒนาประเทศ ประชากรไม่มีคุณภาพ และเป็นบ่อเกิดของอาชญากรรมหรือภัยต่อสังคม เป็นต้น ในทางสังคมผลที่เกิดแก่ผู้ใช้หรือผู้ติดยาเสพติด ได้แก่ การถูกประณามและถูกรังเกียจ แต่บุคคลดังกล่าวอาจไม่คิดว่าการกระทำของตนผิดศีลธรรม จึงทำให้การบังคับใช้กฎหมายทำได้ยาก^{๒๔๐}

คณะกรรมการการกบริหารและการยุติธรรม วุฒิสภา ได้เคยทำการศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายในกระบวนการยุติธรรมของไทยไว้ ๔ ประการ ดังนี้

(๑) ไม่เอื้อประโยชน์สุขให้แก่ประชาชนเท่าที่ควร เพราะขาดหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้านต่าง ๆ อย่างมีประสิทธิภาพ การดำเนินคดีล่าช้า

^{๒๔๐} ประธาน วัฒนาวณิชย์, “การปฏิรูประบบการลงโทษ แนวทางสหวิทยาการ โดยเน้นทางด้านอาชญาวิทยา”, *บทบัณฑิตย เล่ม ๕๔*, (๒๕๔๑), น. ๒๗

เสียค่าใช้จ่ายสูง การอำนวยความสะดวกยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ และการให้ความช่วยเหลือทางด้านกฎหมายจากหน่วยงานของรัฐยังขาดความจริงจัง

(๒) โครงสร้างกระบวนการยุติธรรมยังไม่เด่นชัดและขาดทิศทาง ยังไม่มีองค์กรกลางทำหน้าที่ประสานงานและไม่มีนโยบายการบริหารกระบวนการยุติธรรมระดับชาติ

(๓) อำนาจหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกขององค์กรต่าง ๆ ยังไม่เหมาะสม และบางองค์กรขาดความเป็นอิสระ หรือถูกแทรกแซงได้จากอำนาจฝ่ายอื่น

(๔) การบริหารงานขององค์กรต่าง ๆ ในกระบวนการยุติธรรมค่อนข้างเป็นระบบปิด และขาดการตรวจสอบจากประชาชน

(๕) บุคลากรที่ทำหน้าที่อำนวยความสะดวกยังไม่สัมฤทธิ์ผล เช่น มีคุณภาพไม่เพียงพอ ขาดแคลนบุคลากร ปริมาณงานไม่ได้สัดส่วนกับจำนวนบุคลากร และทัศนคติที่ดีในการปฏิบัติงาน

(๖) การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมยังไม่สัมฤทธิ์ผล เช่น สถิติผู้กระทำความผิดซ้ำเพิ่มขึ้น เน้นการปราบปรามมากกว่าการป้องกัน และปัญหาสังคม เศรษฐกิจ และสิ่งแวดล้อมมีส่วนกระตุ้นให้เกิดอาชญากรรมมากขึ้น

(๗) ค่าตอบแทนและสวัสดิการของผู้ปฏิบัติหน้าที่ยังไม่เพียงพอ โดยเฉพาะบุคลากรชั้นผู้น้อย

(๘) อุปกรณ์และเครื่องมือเครื่องใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ เช่น เครื่องมือล่าสมัยหรือไม่เพียงพอ และไม่ทันต่อการพัฒนาเทคโนโลยี

(๙) ขาดความร่วมมือของประชาชนที่มีต่อกระบวนการยุติธรรม และประชาชนไม่มีส่วนร่วมในการป้องกันอาชญากรรม

ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาทางด้านการบริหารและการจัดองค์กรและโครงสร้างในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับระบบการลงโทษ และกระบวนการบังคับใช้กฎหมาย อย่างไรก็ตาม ปัญหาดังกล่าวได้รับการแก้ไขไปบางส่วนหรืออยู่ระหว่างดำเนินการแก้ไขจากทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง^{๒๔๑}

ในปี พ.ศ. ๒๕๕๔ มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทยได้ทำการศึกษาระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย พบว่า ระบบยุติธรรมทางอาญาของไทยประสบปัญหาสำคัญในด้านประสิทธิภาพ ในทุก ๆ ปี ศาลยุติธรรมต้องรับคดีเข้าสู่ระบบมากกว่าที่จะสามารถพิจารณาให้เสร็จสิ้นได้ จึงมีคดีค้างเป็นจำนวนมาก นอกจากนี้ เรือนจำก็มีนักโทษมากกว่าขีดความสามารถที่จะรองรับได้^{๒๔๒} โดยปัญหานักโทษล้นเรือนจำก็เป็นปัญหาที่ถูกกล่าวถึงกันมาก โดยสถิติผู้ต้องขังของไทย พ.ศ. ๒๕๖๐ มีจำนวน ๓๐๐,๙๑๐ คน ทั้งที่เรือนจำรองรับนักโทษเพียง ๒๑,๗๐๐ คนเท่านั้น อัตราส่วนของผู้ต้องขังต่อพื้นที่มาตรฐาน คือ ร้อยละ ๑๔๔.๘ โดยมีผู้ต้องขังระหว่างการสอบสวนหรือการพิจารณามากถึง ๕๙,๗๘๔ คน คิดเป็นร้อยละ ๑๙.๙ ของผู้ต้องขังทั้งหมด ทั้งนี้ ประเทศไทยมีจำนวนผู้ต้องขังมากที่สุด

^{๒๔๑} ประธาน วัฒนาวณิชย์, “การปฏิรูประบบการลงโทษ แนวทางสหวิทยาการ โดยเน้นทางด้านอาชญาวิทยา”, *บทบัญญัติ เล่ม ๕๔*, (๒๕๕๑), น. ๒๙

^{๒๔๒} สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ, นิติศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย, สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (๒๕๕๔), น. iii

เป็นอันดับ ๖ ของโลก รองจากสหรัฐอเมริกา จีน บราซิล รัสเซีย และอินเดีย ขณะที่อัตราส่วนผู้ต้องขังต่อประชากรมากเป็นอันดับ ๙ ของโลก คือ อัตราส่วนผู้ต้องขัง ๔๔๕ คน ต่อประชากรหนึ่งแสนคน^{๒๔๓}

การศึกษาดังกล่าวยังทำให้ทราบว่าความไร้ประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยเกี่ยวข้องกับสองสาเหตุ คือ (๑) ระบบกฎหมายไทยมีความโน้มเอียงในการเน้นการลงโทษทางอาญามากเกินไป (overcriminalization) และ (๒) การลงโทษทางอาญามีแนวโน้มที่จะใช้การจำคุกมากกว่าการปรับหรือโทษอื่นที่ต้นทุนต่ำกว่า^{๒๔๔}

๔.๓ การบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ

เมื่อได้กล่าวถึงการบังคับใช้กฎหมายและปัญหาของการบังคับใช้กฎหมายในหัวข้อที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า การบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพส่วนหนึ่งจึงต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐในการดูแลให้มีการปฏิบัติตามและบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด และต้องดำเนินการเพื่อแก้ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายต่าง ๆ ดังที่กล่าวมาแล้ว โดยข้อป่งชี้ที่ชัดเจนประการหนึ่งคือ หากความประพฤติของคนในสังคมเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายย่อมแสดงให้เห็นว่าการบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพโดยไม่จำเป็นต้องใช้แต่เพียงโทษทางอาญาเท่านั้น

๕. หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย

“Nullumcrimen,nullapoenasinelege” ในภาษาละติน เป็นหลักสากลประการหนึ่งซึ่งเป็นที่ยอมรับกันมานานอารยประเทศเป็นการทั่วไป โดยแปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า “Nocrimenor punishmentwithoutlaw” หรือในภาษาไทยว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย” หลักการนี้เรียกกันในภาษาอังกฤษว่า “PrincipleofLegality” โดยมีสาระสำคัญ คือ ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดในทางอาญา หากการกระทำนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในขณะกระทำว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ กฎหมายอาญาจะย้อนหลังให้ผลร้ายมิได้ กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนปราศจากความคลุมเครือ และกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด^{๒๔๕}

หลัก PrincipleofLegality ในส่วนที่ว่ากฎหมายอาญาจะย้อนหลังให้ผลร้ายมิได้ได้รับการรับรองไว้ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๘๙ และรับรองหลักดังกล่าวทั้งหมดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๙๒ จวบจนปัจจุบัน ขณะเดียวกันมาตรา ๒ แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยตั้งแต่มีการประกาศครั้งแรกในปี พ.ศ. ๒๕๐๐ ก็ได้บัญญัติรับรองหลักดังกล่าวตลอดมา

อย่างไรก็ตาม แม้ที่ผ่านมารัฐธรรมนูญหรือประมวลกฎหมายอาญาของไทยจะได้รับการรับรองหลัก PrincipleofLegality ตลอดมา ซึ่งรัฐจะเป็นผู้กำหนดว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิดและมีโทษโดยการตราเป็นกฎหมาย แต่รัฐมีหลักเกณฑ์อย่างใดในการตรากฎหมายที่มีโทษ

^{๒๔๓} www.prisonstudies.org

^{๒๔๔} สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ, นิติศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย, สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (๒๕๕๔), น. iv

^{๒๔๕} GlanvilleWilliams,CriminalLaw: TheGeneralPart,2nded. (London: Stevens&Sons,1961), pp. 575-608;JeromeHall,GeneralPrinciplesofCriminalLaw,2nded. (Indianapolis: Bobbs-Merrill,1960),pp. 27-69. อ้างถึงใน เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญามาตรา ๑ (พิมพ์ครั้งที่ ๙), (กรุงเทพมหานคร: จีรรัชการพิมพ์, ๒๕๕๙), น. ๑๗

อาณายังไม่เคยมีกฎหมายใดกำหนดไว้ จนกระทั่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พุทธศักราช ๒๕๖๐) มาตรา ๗๗ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และในวรรคสามตอนท้าย บัญญัติว่า รัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรงเท่านั้น ปัญหาที่ต้องพิจารณาจึงมีว่า เมื่อใดจึงจำเป็นต้องมีกฎหมายอาญา และความผิดร้ายแรงที่สมควรกำหนดโทษอาญาคืออะไร จะมีหลักเกณฑ์อย่างไรในการพิจารณาว่าการกระทำหรือไม่กระทำใดเป็นความผิดร้ายแรง คำตอบของปัญหาดังกล่าว ส่วนหนึ่งคงต้องศึกษาแนวคิดหรือทฤษฎีทางอาญาที่จะนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญา ดังจะได้กล่าวในลำดับต่อไป

๕.๑ หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญา

ในส่วนนี้ขอกล่าวถึงหลักการและแนวคิดของนักวิชาการเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญาที่เหมาะสม และข้อจำกัดในการใช้โทษอาญา เพื่อเป็นแนวทางในการค้นหาหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมในการกำหนดว่าการกระทำหรือไม่กระทำใดสมควรเป็นความผิดและมีโทษทางอาญา

๕.๑.๑ หลักการเกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญาในกฎหมายระหว่างประเทศ

(๑) คำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง

คำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ลงวันที่ ๒๖ สิงหาคม ค.ศ. ๑๗๘๙ (Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789) ถือเป็นมาตรฐานสากลระหว่างประเทศในการกำหนดความผิดอาญา โดยประกาศดังกล่าวมีเรื่องการกำหนดความผิดอาญาอยู่ในข้อ ๔ ข้อ ๕ และข้อ ๘ ดังนี้

ข้อ ๔ บุคคลทุกคนสามารถที่จะกระทำการใดก็ได้ที่ไม่เป็นการรบกวนผู้อื่น ดังนั้น การใช้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคนจะมีก็แต่เพียงข้อจำกัดเฉพาะที่ยอมรับให้สมาชิกอื่นของสังคมสามารถใช้สิทธิเหล่านี้ได้เช่นเดียวกัน ข้อจำกัดเช่นนี้จะกำหนดขึ้นได้ก็โดยบทกฎหมายเท่านั้น

ข้อ ๕ กฎหมายมีสิทธิที่จะห้ามเฉพาะการกระทำที่รบกวนสังคมเท่านั้น สิ่งใดที่ไม่มีกฎหมายห้าม ใครจะห้ามไม่ให้ทำย่อมไม่ได้

ข้อ ๘ กฎหมายอาจกำหนดโทษทางอาญาได้ก็แต่เฉพาะเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่งโดยชัดแจ้งเท่านั้น และบุคคลหาอาจต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันฝ่าฝืนกฎหมายที่ตราขึ้นและประกาศใช้ก่อนการกระทำความผิดและการใช้บังคับกฎหมายนั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย^{๒๔๖}

(๒) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. ๑๙๔๘ (Universal Declaration of Human Rights 1948) ได้กำหนดหลักการที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดโทษอาญาไว้ ดังนี้

ข้อ ๗ ทุกคนเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครอง

^{๒๔๖} คเนศ เต็งสุวรรณ์, ปัญหาการจัดระบบกฎหมายที่กำหนดความผิดอาญา, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๘. น. ๒๗

เท่าเทียมกันจากการเลือกปฏิบัติใด อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้ และจากการยุยงให้มีการเลือกปฏิบัติดังกล่าว^{๒๔๗}

ข้อ ๘ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอันมีประสิทธิผลจากศาลที่มีอำนาจแห่งรัฐต่อการกระทำอันล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งตนได้รับตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย^{๒๔๘}

ข้อ ๑๑ (๒) บัญญัติไว้ว่า จะถือบุคคลใดๆ ว่ามีความผิดทางอาญา เนื่องด้วยการกระทำหรือละเว้นใด ๆ อันมิให้จัดเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายแห่งชาติ หรือกฎหมายระหว่างประเทศในขณะที่ได้กระทำการนั้นขึ้นไม่ได้ และจะลงโทษหนักกว่ากฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะที่ได้กระทำความผิดทางอาญานั้นไม่ได้

หลักการนี้ถือว่าเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานประการหนึ่งของหลักนิติธรรม (rule of law) เป็นหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากการจำกัดการใช้อำนาจของทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ^{๒๔๙}

๕.๑.๒ หลักสัดส่วนในการกำหนดโทษ

หลักสัดส่วนในการกำหนดโทษเป็นคำตอบหนึ่งของคำถามที่ว่า การกระทำหรือไม่กระทำการใดควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญาหรือการกำหนดบทระวางโทษควรต้องพิจารณาจากสิ่งใด รวมทั้ง ความผิดแต่ละฐานควรกำหนดโทษเช่นใด^{๒๕๐}

แนวความคิดในการกำหนดโทษอาญา (criminalsancation) นั้น ต้องพิจารณาว่าแม้จะกำหนดให้การกระทำหรือไม่กระทำการใดเป็นความผิด (criminalization) ได้แล้ว แต่การกำหนดโทษอาญาจะทำได้ต่อเมื่อมีความจำเป็นอย่างยิ่งยวดเท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ ๗ และข้อ ๘ กรณีดังกล่าวต้องพิจารณาจากความร้ายแรงของการกระทำ (criminality) และต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่าลักษณะของโทษควรเป็นโทษทางอาญา โทษทางปกครอง โทษทางทหาร หรือโทษทางวินัย เป็นต้น โดยในกรณีที่จะกำหนดโทษอาญา ต้องพิจารณาในแต่ละฐานว่าควรกำหนดระวางโทษสถานใด โดยมีโทษหลัก ๓ ประการ คือ ประหารชีวิต จำคุก หรือปรับ และหากเป็นจำคุกหรือปรับ จะกำหนดอย่างไรและเพียงใดซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ และความยุ่งยากซับซ้อนคือ เมื่อมีกฎหมายบัญญัติความผิดและโทษอาญาแล้ว หากศาลจะพิจารณาลงโทษจะใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษอย่างไรซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ

(ก) การกำหนดบทระวางโทษโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดให้การกระทำหรือไม่กระทำการใดเป็นความผิดแล้วจะต้องกำหนดบทระวางโทษ ซึ่งโดยหลักทั่วไปในกฎหมายอาญา การกำหนดบทระวางโทษควรเป็นไปตามหลักความยุติธรรมที่ได้สัดส่วน (ProportionalJustice) ซึ่งหมายความว่าโทษทางอาญา

^{๒๔๗} เว็บไซต์กระทรวงการต่างประเทศ <http://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/udhr-th-en.pdf>

^{๒๔๘} เว็บไซต์กระทรวงการต่างประเทศ <http://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/udhr-th-en.pdf>

^{๒๔๙} เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค ๑ (พิมพ์ครั้งที่ ๙), (กรุงเทพมหานคร: จีรรัชการพิมพ์, ๒๕๔๙), น. ๑๗

^{๒๕๐} สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, หลักสัดส่วนในการกำหนดโทษ, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. ๑

จะต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด (severity of the crime) และการกำหนดโทษจะโทษจะต้องคำนึงถึงฐานความผิดซึ่งเป็นการพิจารณาในด้านภาวะวิสัย (objective) เป็นหลัก ดังนั้น การกำหนดโทษจึงต้องพิจารณา “คุณธรรมทางกฎหมาย” โดยเปรียบเทียบว่าเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นมหาชนหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองเอกชนเป็นหลัก เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นย่อมร้ายแรงกว่าความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่น^{๒๕๑} อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่ต้องกำหนดโทษโดยพิจารณาจากตัวผู้กระทำความผิดหรือเหตุในทางอัตวิสัย (subjective) เช่น การกำหนดโทษให้หนักขึ้นเพราะความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำกับผู้ถูกกระทำตามมาตรา ๒๘๕^{๒๕๒} แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรือบางกรณีอาจเป็นเหตุยกเว้นโทษหรือลดโทษตามมาตรา ๗๑^{๒๕๓} แห่งประมวลกฎหมายอาญา^{๒๕๔}

(ข) การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษโดยศาล

ในคดีอาญา เมื่อศาลเห็นว่าการกระทำที่ฟ้องร้องเป็นความผิด ศาลต้องดำเนินการตามมาตรา ๑๘๕^{๒๕๕} แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กล่าวคือ ให้ศาลลงโทษจำเลยตามความผิด นอกจากนี้ ศาลยังต้องพิจารณาตามมาตรา ๒ วรรคหนึ่ง^{๒๕๖} แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

^{๒๕๑} คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ ๕), (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๕๖), น. ๑๕๑-๑๕๗, อ้างถึงในสุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *หลักสัดส่วนในการกำหนดโทษ, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, น. ๓

^{๒๕๒} มาตรา ๒๘๕ ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๗ ทวิ มาตรา ๒๗๗ ตริ มาตรา ๒๗๘ มาตรา ๒๗๙ มาตรา ๒๘๐ มาตรา ๒๘๒ หรือมาตรา ๒๘๓ เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม

^{๒๕๓} มาตรา ๗๑ ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๓๔ ถึงมาตรา ๓๓๖ วรรคแรก และมาตรา ๓๔๑ ถึงมาตรา ๓๖๔ นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามมีกระทำต่อภริยา หรือภริยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ

ความผิดดังระบุมานี้ ถ้าเป็นการกระทำที่ผู้บุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดาน ผู้สืบสันดานกระทำต่อผู้บุพการี หรือพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันกระทำต่อกัน แม้กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ก็ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ และนอกจากนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

^{๒๕๔} สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *หลักสัดส่วนในการกำหนดโทษ, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* ๒๕๔๕ เล่ม ๓, น. ๓

^{๒๕๕} มาตรา ๑๘๕ ถ้าศาลเห็นว่าจำเลยมิได้กระทำความผิดก็ การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดก็คดีขาดอายุความแล้วก็ดี มีเหตุตามกฎหมายที่จำเลยไม่ควรต้องรับโทษก็ดี ให้ศาลยกฟ้องโจทก์ปล่อยจำเลยไป แต่ศาลจะสั่งชั่งจำเลยไว้หรือปล่อยชั่วคราวระหว่างคดียังไม่ถึงที่สุดก็ได้

เมื่อศาลเห็นว่าจำเลยได้กระทำความผิด และไม่มีกรรยกเว้นโทษตามกฎหมาย ให้ศาลลงโทษแก่จำเลยตามความผิด แต่เมื่อเห็นสมควรศาลจะปล่อยจำเลยชั่วคราวระหว่างคดียังไม่ถึงที่สุดก็ได้

^{๒๕๖} มาตรา ๒ บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

จะเห็นว่า ศาลใช้ดุลพินิจในการลงโทษภายใต้กรอบที่กฎหมายบัญญัติ ศาลจะลงโทษหนักกว่าโทษขั้นสูงหรือเบากว่าโทษขั้นต่ำไม่ได้ เว้นแต่มีเหตุเพิ่มโทษหรือลดโทษ นอกจากนี้ หากศาลจะพิพากษาลงโทษ ศาลอาจใช้ดุลพินิจที่จะใช้มาตรการรอลงอาญา (probation) รอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษให้แก่จำเลยก็ได้

ประเด็นที่น่าสนใจคือ กรณีที่กฎหมายกำหนดโทษไว้หลายสถาน ศาลจะมีเกณฑ์ในการพิจารณาใช้โทษสถานใดนั้น ในภาพรวม หากพิจารณามิตีความรุนแรงของโทษแล้ว จะต้องพิจารณาจากสองมิติ ดังนี้

(ก) มิติด้านภาวะวิสัย (objective) ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติต้องพิจารณาจากความร้ายแรงของอาชญากรรม (criminality) ในการกำหนดอัตราโทษ เช่น การลงโทษฐานลักทรัพย์ ในเวลากลางคืนตามมาตรา ๓๓๕ (๑) ย่อมมีอัตราโทษสูงกว่าการลักทรัพย์กรณีปกติตามมาตรา ๓๓๔ เป็นต้น

(ข) มิติด้านอัตวิสัย (subjective) ซึ่งศาลจะต้องคำนึงถึงตัวผู้กระทำความผิดเป็นราย ๆ ไป (individualization) ซึ่งปัญหาใหญ่คือ ศาลจะมีข้อมูลที่เกี่ยวข้องตัวจำเลยหรือผู้กระทำความผิดได้อย่างไร

กล่าวได้ว่า การที่ศาลจะใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้ถูกต้องเหมาะสมแก่จำเลยในแต่ละคดีนั้น นอกเหนือจากการพิจารณาฐานความผิดซึ่งเป็นการพิจารณาในส่วนที่เป็นภาวะวิสัยแล้ว ศาลต้องพิจารณาในส่วนที่เป็นอัตวิสัยโดยเฉพาะข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิด สาเหตุแห่งการกระทำ ลักษณะความรุนแรง รวมทั้งข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำ ความผิดอีกด้วย^{๒๕๗}

๕.๑.๓ แนวคิดของนักวิชาการ

(๑) Herbert L. Packer (1925–1972) ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายอาญาชาวอเมริกันแห่งมหาวิทยาลัยสแตนฟอร์ด ได้เขียนผลงานที่สำคัญชื่อว่า “The Limits of the Criminal Sanction (1968)” ได้นำเสนอแนวคิดของระบบยุติธรรมทางอาญาเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและหลักนิติธรรม (due process) โดยแนวคิดของเซอร์เบิร์ตก่อให้เกิดข้อถกเถียงทางด้านวิชาการเกี่ยวกับหลักอาชญาวิทยาและนโยบายทางอาญาอย่างกว้างขวาง^{๒๕๘}

แพคเกอร์ได้ให้หลักการในอันที่จะถือว่าการกระทำควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่ไว้ ๒ ประการ ดังนี้^{๒๕๙}

๑) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากไม่ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น

๒) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้วจะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

๓) การปราบปรามหรือห้ามกระทำซึ่งถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญาจะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป

^{๒๕๗} สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, หลักส่วนในการกำหนดโทษ, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เล่ม ๓, ๒๕๕๕ น. ๑๐ - ๑๓

^{๒๕๘} <http://historicalsociety.stanford.edu/pdfmem/PackerH>

^{๒๕๙} เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค ๑ (พิมพ์ครั้งที่ ๙), (กรุงเทพฯ: จีรรัชการพิมพ์, ๒๕๕๙), น. ๔ - ๕

๔) หากเป็นความผิดอาญาแล้วจะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน ไม่เลือกปฏิบัติ

๕) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำความผิดจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ

๖) ไม่มีมาตรการอื่นใดที่มาทดแทนการกำหนดความผิดอาญา

ทั้งนี้ ควรต้องคำนึงถึงการใช้กระบวนการทางอาญากับการกระทำผิดโดยตระหนักถึงผลกระทบของอาชญากรรมที่สำคัญ ๆ หรือที่มีความร้ายแรงมากกว่าการกระทำผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ เนื่องจากจะเป็นการใช้ทรัพยากรอย่างไม่คุ้มค่า ซึ่งไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ได้อย่างคุ้มค่ากับสิ่งที่สังคมต้องจ่ายเป็นการตอบแทนการใช้กระบวนการทางอาญา^{๒๖๐}

(๒) Lon Luvois Fuller (1902-1978) เป็นนักปรัชญากฎหมายที่มีชื่อเสียง ผู้ซึ่งวิพากษ์วิจารณ์หลักกฎหมายบ้านเมือง (legalpositivism) และปกป้องหลักการของทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (natural law theory) ฟูลเลอร์เป็นศาสตราจารย์ด้านกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด ผลงานที่สร้างชื่อเสียงแก่ฟูลเลอร์ คือ หนังสือชื่อ The Morality of Law (1964) ฟูลเลอร์เห็นว่าทุกระบบกฎหมายจะมีคุณธรรมภายใน (internalmorality) เพื่อให้บุคคลเชื่อฟังและปฏิบัติตาม ฟูลเลอร์ได้รับการยกย่องว่าเป็นหนึ่งในสี่นักทฤษฎีกฎหมายที่สำคัญที่สุดของอเมริกาแห่งศตวรรษ^{๒๖๑}

ดังที่กล่าวแล้วว่าฟูลเลอร์เป็นนักปรัชญากฎหมายธรรมชาติ จึงมีแนวคิดตรงข้ามกับแนวคิดพื้นฐานของสำนักกฎหมายบ้านเมืองซึ่งมีแนวคิดในการแบ่งแยกอย่างชัดเจนระหว่างศีลธรรมกับกฎหมาย ฟูลเลอร์เห็นว่ากฎหมายกับศีลธรรมต้องเชื่อมโยงกันอย่างขาดไม่ได้ การบัญญัติกฎหมายอย่างเหมาะสมต้องเป็นไปอย่างมีเหตุมีผล โดยฟูลเลอร์เสนอหลักดังกล่าวไว้ ๘ ประการ ดังนี้

๑) ต้องมีการวางเกณฑ์ (rule) ในการบังคับ โดยเกณฑ์ดังกล่าวมีเพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจนในสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะควบคุม เพราะการใช้กฎหมายไม่ใช่เป็นไปตามอำเภอใจ

๒) เกณฑ์ดังกล่าวจะต้องเป็นการใช้ไปในอนาคตไม่ใช่มุ่งย้อนไปในอดีตอันไม่มีความผิดในขณะนั้น แต่กฎหมายที่ถูกควรบัญญัติเพื่อเป็นเครื่องช่วยจัดการจัดการกระทำที่ไม่ปรารถนาให้เกิดขึ้นในอนาคต

๓) เกณฑ์ควบคุมควรต้องมีการเผยแพร่ให้ทราบทั่วกันเพื่อให้ประชาชนทราบว่ากระทำใดของตนที่จะต้องถูกควบคุมหรือถูกบังคับโดยกฎเกณฑ์ดังกล่าว

๔) เกณฑ์ควบคุมต้องมีลักษณะที่รัดกุมเหมาะสม กฎเกณฑ์ที่จะไม่ถูกละเลยในการปฏิบัติตามนั้น ต้องมีลักษณะที่ชัดเจน เหมาะสมและครบถ้วน

๕) เกณฑ์ควบคุมต้องไม่มีลักษณะที่ขัดแย้งกับกฎเกณฑ์อื่น ๆ เพื่อให้ประชาชนไม่เกิดความสับสน

^{๒๖๐} Herbert L. Packer, The Limits of the Criminal Sanction, (California: Stanford University Press, 1968), p. 296, อ้างถึงใน สกล นิสารัตน์, กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม: แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม, วิทยาลัยพนธมมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๕. น. ๓๙

^{๒๖๑} Summers Robert S., Lon L. Fuller. London: Edward Arnold, London: Edward Arnold. (1984), p. 1. อีกสามคน ได้แก่ Oliver Wendell Holmes, Jr., Roscoe Pound, และ Karl Llewellyn

๖) การปฏิบัติตามเกณฑ์ควบคุมดังกล่าวต้องสามารถปฏิบัติได้จริง เพราะเกณฑ์ที่ปฏิบัติตามไม่ได้ยอมทำให้การควบคุมไร้ประโยชน์ หรือสร้างความยุ่งยากให้กับการใช้ชีวิตประชาชน

๗) เกณฑ์ควบคุมต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงบ่อยเกินไป ความแน่นอนชัดเจนของกฎเกณฑ์เป็นสาระสำคัญซึ่งจะทำให้ประชาชนประพฤติปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ดังกล่าวได้ สมดังเจตนารมณ์ของกฎเกณฑ์นั้น

๘) ต้องมีความสอดคล้องตรงกันระหว่างเกณฑ์ควบคุมที่เผยแพร่ให้ประชาชนทราบกับแนวทางปฏิบัติในการควบคุมของเจ้าหน้าที่ซึ่งรับผิดชอบดูแลและบังคับใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าว เพื่อให้ประชาชนเห็นได้ชัดเจนว่าหากละเลยเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตาม ผลจะเป็นอย่างไร

(๓) Tadeusz Grygier(๑๙๑๕-๒๐๑๐) นักปรัชญากฎหมายอาญาชาวโปแลนด์แห่งมหาวิทยาลัยวอร์ซอ ผลกระทบจากสงครามโลกครั้งที่ ๒ ทำให้กริเจียต้องโยกย้ายไปหลายประเทศ จนกระทั่งวาระสุดท้ายที่ควิเบค แคนาดา ผลงานของกริเจียได้รับการยอมรับว่าเป็นการปฏิรูปประมวลกฎหมายอาญาสมัยใหม่^{๒๖๒}

กริเจียเสนอแนวคิดในการกำหนดความผิดอาญาเพื่อการคุ้มครองสังคม (social protection) โดยที่กฎหมายอาญาในปัจจุบันให้ความสำคัญกับองค์ประกอบภายในจิตใจของผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นแนวคิดการลงโทษที่เหมาะสมเฉพาะบุคคล (individualization) โดยให้ความสำคัญกับอาชญากรรมมากกว่าการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น กริเจียชี้ให้เห็นถึงปัญหาสำคัญประการหนึ่งว่าไม่มีผู้ใดที่สามารถค้นพบวิธีแยกแยะได้อย่างแน่แท้ถึงความแตกต่างระหว่างผู้บริสุทธิ์กับผู้กระทำความผิดโดยเจตนา^{๒๖๓}

นอกจากนี้ กริเจียเห็นว่าในความคิดของบุคคลทั่วไปนั้น กฎหมายกับความยุติธรรมนั้นถูกจัดให้อยู่ร่วมกัน ในสถานะเดียวกับความเชื่อทางศาสนา มนุษย์พยายามกำหนดระบบกฎหมายให้เหมือนกับที่เข้าใจระบบของศาสนา มนุษย์มีแนวโน้มที่จะเชื่อว่าระบบของความยุติธรรมที่ตนเข้าใจนั้นเป็นสิ่งถูกต้อง หากกฎหมายแตกต่างไปจากความเข้าใจดั้งเดิมก็เท่ากับว่ากฎหมายนั้นผิดพลาดและไม่ยุติธรรม เมื่อมนุษย์เปรียบเทียบความยุติธรรมตามธรรมชาติว่ามีลักษณะเดียวกับสิ่งสูงสุดในความเชื่อทางศาสนาหรือสิ่งที่ตนเคารพเชื่อถือสูงสุดและเป็นสากล มนุษย์จึงไม่ยอมรับความคิดที่ว่า สิ่งที่ถูกต้องในสถานที่และเวลาหนึ่งอาจไม่ใช่ในอีกสถานที่หรืออีกเวลาหนึ่ง

ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่าแนวคิดดังกล่าวเป็นจริง คือ ระบบกฎหมายอาญาของหลายประเทศยอมรับเงื่อนไขการลงโทษหนักในความที่จำเลยกระทำ หากจำเลยยอมตกลงรับโทษที่เบากว่าเพื่อแลกกับการยอมรับสารภาพ (pleabargaining) ระบบนี้ไม่สามารถอธิบายถึงความยุติธรรมว่าเพราะเหตุใดจึงยอมให้จำเลยที่อาจมีหนายที่ฉลาดแนะนำให้อยอมรับสารภาพความผิดที่มีโทษเบาซึ่งแท้จริงแล้วจำเลยอาจไม่ได้กระทำ และไม่ต้องรับผิดในโทษที่หนักกว่าสำหรับสิ่งที่กระทำไป

^{๒๖๒} <http://www.legacy.com/obituaries/ottawacitizen/obituary.aspx?pid=145064390>

^{๒๖๓} Tadeusz Grygier, Social Protection Code: A New Model of Criminal Justice, (London, Sweet & Maxwell Limited, 1977), p. xvi, อ้างถึงใน สกล นิศารัตน์, กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม: แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๕. น. ๔๑

กรณีดังกล่าวเกิดเป็นประเด็นว่าความยุติธรรมนั้นแท้จริงแล้ว เป็นความยุติธรรมในแง่ของเหตุผลหรือความยุติธรรมในสายตาของผู้มีอำนาจในสังคม กริเจียเห็นว่าเราสมควรเลิกหลอกตัวเองว่ากฎหมายอาญามีหน้าที่ควบคุมมนุษย์ในลักษณะเดียวกับเจตจำนงของสิ่งสูงสุดในทางศาสนา กริเจียจึงเสนอว่ากฎหมายอาญาที่มนุษย์ต้องการ คือ กฎหมายที่สามารถแก้ปัญหาความขัดแย้งของมนุษย์ด้วยกันได้อย่างแท้จริง กฎหมายซึ่งจะควบคุมพฤติกรรมของแต่ละบุคคลหรือแต่ละกลุ่มบุคคลเพื่อปกป้องชุมชน และกฎหมายที่จะนำมาซึ่งความสุขแก่ประชาชนจำนวนมากที่สุด

กริเจียเสนอว่ากฎหมายอาญาที่ดีควรมีลักษณะดังนี้

๑) ไม่ใช้การลงโทษที่ทารุณกรรม

๒) ใช้บังคับโดยเท่าเทียม

๓) เป็นมาตรการที่มีเมตตาธรรม

๔) ไม่สนับสนุนผลที่ไม่ทำให้สังคมมีความสุขอย่างแท้จริง

แนวคิดของกริเจียหรือที่เรียกว่าหลักกฎหมายในเชิงป้องกันสังคม เป็นแนวคิดที่ตรงข้ามกับแนวคิดการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนซึ่งผู้กระทำความผิดต้องถูกลงโทษจากสภาพความเป็นอันตรายของบุคคลนั้น ความผิดในอดีตหรือการกระทำในอนาคตไม่สามารถนำมาพิจารณาได้ แต่กริเจียเสนอว่าสิ่งที่จะใช้เพื่อควบคุมอันตรายหรือความผิดของบุคคลมิใช่การลงโทษ แต่สิ่งสำคัญคือต้องพิจารณาเหตุการณ์ในอนาคต โดยข้อเท็จจริงในอดีตเป็นเครื่องชี้ให้เห็นถึงความเป็นไปได้ในอนาคตเป็นอย่างดี จึงต้องนำมาเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาความผิดด้วย โดยผู้กระทำความผิดจะถูกปฏิบัติด้วยความมีมนุษยธรรม แต่ผู้กระทำความผิดยังต้องเผชิญผลร้ายจากการต้องอยู่โดดเดี่ยว ห่างไกลจากญาติพี่น้องเพราะต้องถูกควบคุมโดยรัฐ ซึ่งนำมาใช้กับทุกความผิดโดยไม่แบ่งแยกระดับของความผิดและไม่มีการประณามว่าเป็นอาชญากรของสังคม

นอกจากนี้ กริเจียยังเสนอแนวคิดของกระบวนการยุติธรรมที่แตกต่างไปจากแนวทางดั้งเดิม โดยเป็นความยุติธรรมในเชิงปกป้องผู้ที่ตกเป็นเหยื่อ ให้บริการตอบแทนให้สังคม (servicetothe community) และควบคุมผู้กระทำความผิดให้น้อยที่สุด (minimum of coercion) ซึ่งเป็นแนวคิดสมัยใหม่ที่ผสมผสานรูปแบบของแนวทางอรรถประโยชน์นิยม (utilitarianism) และความมีมนุษยธรรม (humanitarian)

๖. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

๖.๑ บทสรุป

รัฐหน้าที่ของรัฐที่ต้องดูแลให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวและบังคับใช้กฎหมายนั้นอย่างเคร่งครัดตามมาตรา ๕๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่ที่ผ่านมามีปัญหาการบังคับใช้กฎหมายหลายประการ ที่สำคัญได้แก่ การเน้นการลงโทษทางอาญามากเกินไป (over-criminalization) และการลงโทษทางอาญามีแนวโน้มที่จะใช้การจำคุกมากกว่าการปรับหรือโทษอื่นที่ต้นทุนต่ำกว่า ซึ่งทำให้เกิดปัญหานักโทษล้นเรือนจำ จึงสมควรมีการพิจารณาทบทวนความจำเป็นในการมีกฎหมายดังกล่าวตามที่มาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรงเท่านั้น

๖.๒ ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาลักษณะของโทษอาญา ประสิทธิภาพในการบังคับใช้โทษอาญา และหลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในกฎหมายที่กล่าวถึงในตอนต้นมาแล้ว ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

(๑) รัฐควรดูแลให้หน่วยงานที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายดำเนินการบังคับใช้กฎหมายนั้นอย่างเคร่งครัด เพื่อให้เป็นไปตามมาตรา ๕๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

(๒) รัฐควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายกำหนดโทษอาญาให้สอดคล้องกับมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กล่าวคือ จัดให้มีกฎหมายอาญาเพียงเท่าที่จำเป็นและกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรงเท่านั้น โดยอาจนำหลักการหรือแนวคิดของนักปรัชญาทางกฎหมายมาใช้ประกอบการพิจารณา เช่น การพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดต่าง ๆ การใช้หลักสัดส่วนในการกำหนดโทษ การพิจารณาความเหมาะสมของการกำหนดโทษอาญา โดยอาจมอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในฐานะหน่วยงานกลางทางกฎหมายของรัฐบาลดำเนินการศึกษาและเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางการร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง รวมทั้งแนวทางการปรับปรุงโทษอาญาในกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้วเสนอต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อเป็นแนวทางให้หน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติให้เป็นแนวทางอย่างเดียวกัน

(๓) หน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบดูแลกฎหมายที่มีโทษอาญาควรเร่งดำเนินการทบทวนกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ให้สอดคล้องกับมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทั้งนี้ อาจยกเลิกโทษอาญา (decriminalization) สำหรับฐานความผิดที่ไม่ควรกำหนดโทษอาญา เช่น ความผิดที่มีมูลเหตุมาจากหนี้ในทางแพ่งระหว่างเอกชนด้วยกันเอง รวมทั้งพิจารณาใช้โทษอย่างอื่นแทนโทษอาญา เช่น โทษทางปกครอง เป็นต้น

(๔) ควรมีมาตรการระยะยาวในการดำเนินการตามมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญ ให้บรรลุผลสัมฤทธิ์ โดยอาจกำหนดให้มีหน่วยงานกลางเป็นผู้รับผิดชอบในการติดตามและประสานงานการดำเนินการตามมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในส่วนเนื้อหาของร่างกฎหมายที่หน่วยงานของรัฐจะจัดทำขึ้นต่อไปในอนาคต ไม่ว่าจะเป็นหลักเกณฑ์ในเรื่องระบบอนุญาต ระบบคณะกรรมการ การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ระยะเวลาในการดำเนินการตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย และการกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม

๑. บทนำ

ระบบกฎหมายของ “ประเทศเกาหลีใต้” หรือที่เรียกอย่างเป็นทางการว่า “สาธารณรัฐเกาหลี” นั้น จัดอยู่ในสกุลกฎหมาย “โรมานอเยอรมันมานิค” (Romano Germanic Family) เหมือนดังเช่นนานาอารยประเทศ เช่น ประเทศเยอรมัน ประเทศออสเตรีย ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศญี่ปุ่น และประเทศไทย กล่าวคือ ระบบกฎหมายจะถูกจัดทำเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในรูปของประมวลกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อความสะดวกในการบังคับใช้กฎหมายและสามารถทำความเข้าใจกฎหมายได้อย่างเป็นระบบ อย่างไรก็ตาม เมื่อระยะเวลาผ่านไปการขยายตัวของสภาพเศรษฐกิจทั้งภายในและภายนอกประเทศ ความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยี และสภาพทางการเมืองของประเทศเกาหลีใต้ ทำให้สภาพกฎหมายภายในประเทศเกิดปัญหาการมีกฎหมายมากเกินไปจนเกิดความจำเป็นและนำมาสู่ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอย่างไม่มีประสิทธิภาพ โดยมีสาเหตุของปัญหานี้เนื่องมาจากการมีกฎหมายเพื่อ (Regulatory Inflation) การมีกฎหมายที่สร้างภาระในการประกอบการอาชีพหรือการดำเนินธุรกิจของประชาชน รวมทั้งปัญหาเกี่ยวกับกลไกและเงื่อนไขในการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานของรัฐที่ขาดการบูรณาการร่วมกัน

จากสภาพปัญหาดังกล่าวทำให้ประเทศเกาหลีใต้เกิดแนวความคิดที่จะปฏิรูปกฎหมายเพื่อเป็นการควบคุม ตรวจสอบ และพัฒนาคุณภาพของกฎหมาย โดยแนวความคิดดังกล่าวได้เกิดขึ้นในยุครัฐบาลของประธานาธิบดีคิม แทจุง ซึ่งเป็นการปรับโครงสร้างการบริหารภายในประเทศเพื่อเร่งแก้ไขปัญหารับมือกับผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการล่มสลายทางเศรษฐกิจในขณะนั้นภายหลังจากวิกฤตการณ์ทางการเงินในเอเชียเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๔๐ หรือที่เรียกกันทั่วไปในประเทศไทยว่า “วิกฤตต้มยำกุ้ง” ประเทศเกาหลีใต้จึงได้ตราพระราชบัญญัติ Framework Act on Administrative Regulation 1997 (Framework Act 1997) ขึ้นในปี พ.ศ. ๒๕๔๐ เพื่อวางรากฐานในการปฏิรูปกฎหมายและเป็นหนึ่งในมาตรการสำคัญในการฟื้นตัวทางเศรษฐกิจของประเทศ นอกจากนี้ ยังได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการ Regulatory Reform Commission (RRC) และหน่วยงานธุรการ Regulatory Reform Office (RRO) ขึ้นในปีถัดมา เพื่อทำหน้าที่เป็นหน่วยงานหลักในการกำกับดูแลและขับเคลื่อนการปฏิรูปกฎหมายของประเทศมาจนถึงปัจจุบัน

๒. การเกิดกฎหมายกลางเพื่อการปฏิรูปกฎหมาย

ประเทศเกาหลีใต้ได้จัดทำกฎหมายกลางเพื่อการปฏิรูปกฎหมายของประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ คือ การพัฒนาและควบคุมคุณภาพของกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ในการบริหารประเทศ ในกรณีนี้ประเทศเกาหลีใต้จึงได้จัดทำกฎหมายกลางขึ้นมานับฉบับ เรียกว่า Framework Act on Administrative Regulation 1997 (Framework Act 1997) โดยเป้าหมายเริ่มแรกของพระราชบัญญัติ Framework Act 1997 คือ การเสริมสร้างบรรยากาศการลงทุน และเพิ่มความมั่นใจของนักลงทุนทั้งจากภายในและภายนอกประเทศ ผ่านการพัฒนากฎหมายให้มีความทันสมัยและแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายที่สร้างภาระต้นทุนในการปฏิบัติตามกฎหมายแก่ผู้ประกอบการ

มากเกินไป (Administrative burdens)^{๒๖๔} โดยนอกจากจะกำหนดให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการ RRC และหน่วยงานกลาง RRO แล้ว พระราชบัญญัติฉบับนี้ก็ได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องทำการทบทวนกฎหมายในความดูแลของตนเองเพื่อพิจารณาปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมายที่ล้าสมัยหรือหมดความจำเป็น และในกรณีที่หน่วยงานใดต้องการจะเสนอร่างกฎหมายใหม่ หน่วยงานนั้นจะต้องรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องก่อนจะดำเนินการวิเคราะห์เหตุผลความจำเป็นในการออกกฎหมาย และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการออกกฎหมายนั้น ทั้งนี้ กฎหมายที่หน่วยงานเสนอจะต้องไม่ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน และมีเป้าหมายเพื่อปกป้องชีวิต สิทธิมนุษยชน สิ่งแวดล้อม และสาธารณสุขของสังคม^{๒๖๕}

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติฉบับนี้ยังได้กำหนดให้มีการจัดทำและเผยแพร่ฐานข้อมูลกฎหมายของประเทศ ทั้งในรูปแบบการรวบรวม (Compilation) และการจำแนกตามหมวดหมู่เนื้อหา (Codification) เพื่อให้หน่วยงานของรัฐและประชาชนทุกภาคส่วนสามารถเข้าถึงและทำความเข้าใจกฎหมายได้โดยง่าย

พระราชบัญญัติ Framework Act 1997 มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้งและได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยแก้ไขมาตรา ๑๗ เพื่อรับรองสิทธิของประชาชนในการเรียกร้องต่อคณะกรรมการ RRC ให้ดำเนินการแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมาย^{๒๖๖}

๓. การตั้งหน่วยงานกลางเพื่อการพัฒนากฎหมาย

พระราชบัญญัติ Framework Act 1997 กำหนดให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการ Regulatory Reform Committee (RRC) และการจัดตั้งหน่วยงาน Regulatory Reform Office (RRO) ซึ่งเป็นหน่วยงานธุรการของ RRC โดยคณะกรรมการ Regulatory Reform Committee (RRC) ได้รับการแต่งตั้งขึ้นตามมาตรา ๒๓ แห่งพระราชบัญญัติ Framework Act 1997 มีภารกิจในการกำหนดทิศทางนโยบายเกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายของประเทศ และเป็นศูนย์กลางในการประสานงานเกี่ยวกับการดำเนินการตามนโยบายดังกล่าวคณะกรรมการ RRC มีอำนาจเด็ดขาดในการพิจารณาเกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายของฝ่ายบริหารทั้งหมดและรายงานโดยตรงต่อประธานาธิบดี แต่หน่วยงานธุรการ RRO จะดำเนินงานภายใต้สังกัดสำนักงานประสานนโยบายของรัฐ (Office for Government Policy Coordination) ซึ่งอยู่ในการกำกับดูแลของสำนักนายกรัฐมนตรี

ภารกิจหลักอื่นของคณะกรรมการ RRC คือ (๑) การศึกษาทบทวนกฎหมายที่มีอยู่ ประกอบกับการรับฟังความคิดเห็นและข้อร้องเรียนจากประชาชนเกี่ยวกับกฎหมายที่ควรได้รับการปรับปรุงหรือยกเลิก (๒) จัดทำหลักเกณฑ์การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการออกกฎหมาย (๓) ตรวจสอบและประเมินคุณภาพรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการออก

^{๒๖๔} สืบค้นจากเอกสารประกอบการประชุม Regulatory Policy Committee ครั้งที่ ๑๖ ในหัวข้อ Regulatory Policy Review of Korea ในวันที่ ๒๖-๒๗ เมษายน ๒๕๖๐ ณ OECD Conference Centre กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส

^{๒๖๕} สืบค้นจากเอกสารประกอบการประชุม EAS Roundtable II ในหัวข้อ Regulatory Reform in Korea's Economic Transformation โดย Prof. DaeYong Choi ในวันที่ ๒๙ กันยายน ๒๕๕๘ ณ เมืองจาการ์ตา ประเทศอินโดนีเซีย <<http://www.eria.org/events/Regulatory-Reform-in-Korea-Economic-Transformation.pdf>>

^{๒๖๖} สืบค้นจาก <https://ombudsman.kotra.or.kr:446/eng/rli/lgs/na.do?mode=view&blNo=2005286>

กฎหมายรวมทั้งกลไกการบังคับใช้กฎหมายที่หน่วยงานจัดทำเสนอ (๔) รับผิดชอบเป็นกฎหมายทั้งหมดในประเทศเกาหลีใต้ ทั้งในกรณีที่มีการออกกฎหมายใหม่ มีการแก้ไขปรับปรุง หรือในกรณีที่มีการยกเลิกกฎหมาย เพื่อจัดทำและเผยแพร่ฐานข้อมูลกฎหมายของประเทศ และ (๕) ตรวจสอบประเมินผล การปฏิบัติงานที่เกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายโดยหน่วยงานอื่น ๆ ของรัฐในทุกระดับชั้น^{๒๖๗}

ในส่วนของหน่วยงาน Regulatory Reform Office (RRO) นอกเหนือจากจะทำหน้าที่เป็นฝ่ายเลขานุการให้แก่คณะกรรมการ RRC แล้ว RRO ก็ยังทำหน้าที่เป็นฝ่ายประสานงานกับหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ เพื่อให้คำแนะนำในการดำเนินการตามนโยบายพัฒนากฎหมายของคณะกรรมการ RRC และให้ความช่วยเหลือแก่หน่วยงานในการวิเคราะห์ผลกระทบจากการออกกฎหมาย รวมไปถึงจัดทำ รายงานประจำปีเกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายของทุกกระทรวงบนพื้นฐานของแผนการพัฒนากฎหมาย ตามที่แต่ละกระทรวงได้กำหนดไว้

คณะกรรมการ RRC มีกรรมการทั้งหมด ๒๒ คน เป็นตัวแทนจากภาครัฐ ๖ คน และภาคประชาชน ๑๔ คน และมีประธานร่วมเป็นนายกรัฐมนตรีและตัวแทนจากภาคเอกชน ๑ คน หน่วยงาน RRO มีบุคลากรทั้งหมดจำนวนประมาณ ๙๐ คนจากข้อมูลในปี ๒๕๕๙^{๒๖๘}

๔. การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย(Regulatory Impact Analysis (RIA))

สำหรับการเสนอร่างกฎหมายในประเทศเกาหลีใต้ หน่วยงานผู้เสนอเรื่องจะต้องจัดทำ รายงานการวิเคราะห์ผลกระทบเบื้องต้น(Preliminary Review) เพื่อเสนอต่อคณะกรรมการ RRC พิจารณาร่างกฎหมายนั้นมีความสำคัญเพียงพอที่จะต้องจัดทำรายงานผลการวิเคราะห์ผลกระทบ ในการออกกฎหมายฉบับสมบูรณ์หรือไม่ โดยรายงานฉบับเบื้องต้นนี้จะต้องประกอบไปด้วย ร่างกฎหมาย ผลการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง เหตุผลความจำเป็นในการตรากฎหมาย และผลการวิเคราะห์ ผลกระทบเบื้องต้น โดยหน่วยงานผู้เสนอเรื่องจะต้องเผยแพร่ข้อมูลทั้งหมดผ่านเว็บไซต์เมื่อดำเนินการ แล้วเสร็จด้วย

คณะกรรมการ RRC จะประเมินความสำคัญของร่างกฎหมายด้วยการพิจารณา ผลกระทบภายใต้หลักเกณฑ์ คือ (๑) มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศในแต่ละปีเป็นมูลค่าเกิน ๑๐ ล้านดอลลาร์สหรัฐ (๒) มีผลกระทบต่อประชาชนเกินหนึ่งล้านคน หรือ (๓) มีผลกระทบต่อ ความสามารถในการแข่งขันของประเทศ

หากคณะกรรมการ RRC เห็นว่าร่างกฎหมายดังกล่าวไม่มีความจำเป็นจะต้อง ดำเนินการจัดทำ RIA เพิ่มเติม รายงาน Preliminary Review ที่จัดทำโดยหน่วยงานจะถือว่าเป็น ที่สิ้นสุดของกระบวนการ RIA สำหรับร่างกฎหมายนั้น ในกรณีนี้ คณะกรรมการ RRC จะต้องดำเนินการ พิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน ๑๐ วัน แต่หากคณะกรรมการ RRC มีมติว่าร่างกฎหมายดังกล่าวจำเป็นต้อง จัดทำ RIA เพิ่มเติม คณะกรรมการ RRC จะเป็นผู้ดำเนินการทบทวนและจัดทำรายงาน RIA เพิ่มเติมตามที่เห็นสมควร และจะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน ๔๕ วัน^{๒๖๙}

ในปัจจุบันประเทศเกาหลีใต้มีบุคลากรภาครัฐซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวกับการพัฒนากฎหมาย ในหน่วยงานส่วนกลางอยู่ทั้งสิ้นประมาณ ๔๐๐ คน และบุคลากรในหน่วยงานส่วนท้องถิ่นประมาณ

^{๒๖๗} Chapter IV Regulatory Reform Committee, Framework Act on Administrative Regulations (Act No. 13329)

^{๒๖๘} อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๒๖๖

^{๒๖๙} สืบค้นจาก <https://better.go.kr/fzeng.page>AboutRRC.laf>

๖๑๓ คน นอกจากหน่วยงาน RRO แล้ว ในประเทศเกาหลีใต้ยังมีหน่วยงานย่อยที่ร่วมกันขับเคลื่อน การพัฒนากฎหมายของประเทศอีกหลายหน่วยงาน ตัวอย่างเช่น Regulatory Reform Task Force เป็นคณะทำงานเชี่ยวชาญเฉพาะทางซึ่งทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือแก่หน่วยงานของรัฐในการจัดทำ RIA เฉพาะในด้านที่เกี่ยวกับความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจ วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) และเทคโนโลยี และ Regulatory Reform and Legal Affair Division ซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแล การดำเนินการเกี่ยวกับนโยบายการพัฒนากฎหมาย และให้ความช่วยเหลือเกี่ยวกับการจัดทำ RIA และการทบทวนกฎหมายที่อยู่ในความดูแลของแต่ละหน่วยงานโดยเฉพาะ^{๒๓๐} นอกจากนี้ ในปี ๒๕๕๗ ประเทศเกาหลีใต้ได้ริเริ่มระบบ Sinmungo เพื่อเป็นช่องทางให้ประชาชนสามารถยื่นคำร้องให้ หน่วยงานหรือคณะกรรมการ RRC ดำเนินการแก้ไขกฎหมายที่ไม่เหมาะสมหรือหมดความจำเป็น โดยหนึ่งปีหลังจากการใช้ระบบนี้ คณะกรรมการ RRC ได้รับคำร้องประมาณ ๖,๕๐๐ ฉบับ และหน่วยงานได้ดำเนินการทบทวนแก้ไขกฎหมายตามข้อเสนอแนะของประชาชนเป็นจำนวนเพิ่มขึ้น ถึงร้อยละ ๓๖.๖^{๒๓๑} อนึ่ง ผลสำรวจจาก OECD ในปี ๒๕๕๘ พบว่า การวิเคราะห์ผลกระทบจาก การออกกฎหมาย การทบทวนกฎหมาย และการมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้เสียในประเทศเกาหลีใต้ ล้วนมีคุณภาพอยู่ในระดับที่สูงกว่าค่าเฉลี่ยของประเทศสมาชิก^{๒๓๒} การออกแบบโครงสร้างองค์กร และกระบวนการพัฒนากฎหมายของประเทศเกาหลีใต้จึงนับว่าเป็นตัวอย่างที่ดีอีกตัวอย่างหนึ่งสำหรับ การพัฒนาคุณภาพของกฎหมายในประเทศไทย

๕. คณะกรรมการและหน่วยงานที่สำคัญเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้

การปฏิรูปกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้หรืออีกนัยหนึ่งเป็นการพัฒนาคุณภาพ ของกฎหมายเพื่อรองรับการบริหารภารกิจของรัฐให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ นั้น ในการดำเนินการ เรื่องดังกล่าวนี้ ประเทศเกาหลีใต้ได้จัดตั้งคณะกรรมการและหน่วยงานของรัฐเพื่อกำหนดภารกิจหน้าที่ ในการปฏิบัติงานเพื่อการดำเนินการปฏิรูปกฎหมาย ซึ่งมีรายละเอียดโดยสังเขป ดังต่อไปนี้

๕.๑ คณะกรรมการและหน่วยงานที่สำคัญ

(๑) คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (Regulatory Reform Committee (RRC))

คณะกรรมการดังกล่าวนี้จัดตั้งขึ้นตาม Article 23 แห่ง Framework Act on Administrative Regulation 1997 โดยมีวัตถุประสงค์ในการวางแผนและกำหนดทิศทางนโยบาย เกี่ยวกับการพัฒนาและปฏิรูปกฎหมายในประเทศ ซึ่งมีหน้าที่ในการปรับปรุงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ และตรวจสอบความจำเป็นและการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายใหม่ที่เสนอโดยหน่วยงานของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่ไม่มีความจำเป็น ล้าสมัย หรือกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกัน และเพื่อจัดทำหลักเกณฑ์และตรวจสอบการดำเนินการวิเคราะห์ความจำเป็นและผลกระทบ ในการออกกฎหมายที่จะตราขึ้นใหม่ โดยคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (RRC) มีอำนาจเด็ดขาด (สูงสุด) ในการพิจารณาเกี่ยวกับการพัฒนาและการเสนอกฎหมายในฝ่ายบริหาร (Administrative Regulations) ขึ้นตรงต่อประธานาธิบดี แต่สำนักงานปฏิรูปกฎหมาย (Regulatory Reform Office- RRO) ซึ่งเป็น หน่วยงานธุรการของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายนั้นจะอยู่ในสังกัดของสำนักนายกรัฐมนตรี สำหรับ

^{๒๓๐} อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๒๖๖

^{๒๓๑} สืบค้นจาก OECD Regulatory Policy Outlook 2015 Country Profile: Korea

^{๒๓๒} อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๒๖๖

องค์ประกอบของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายมาจากบุคลากรทั้งภาครัฐและภาคเอกชน โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นประธานร่วมกับตัวแทนจากภาคเอกชน ปัจจุบันมีกรรมการ ๒๒ คน (ภาครัฐ ๖ คน ภาคเอกชน ๑๔ คน ประธานร่วมจากภาคเอกชน ๑ คน และนายกรัฐมนตรี) นอกจากนี้ มีการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการ ๒ คณะ คือ คณะอนุกรรมการด้านเศรษฐกิจ และคณะอนุกรรมการด้านสังคม และการบริหารราชการแผ่นดิน ทำหน้าที่พิจารณากฎหมายเฉพาะด้านที่เกี่ยวข้อง

(๒) สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (Regulatory Reform Office (RRO))

สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย Regulatory Reform Office (RRO) เป็นหน่วยงานธุรการของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (RRC) ซึ่งอยู่ภายใต้สำนักงานนโยบายของรัฐ (Office for Government Policy Coordination) ในสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี (ข้อมูลในปี พ.ศ. ๒๕๕๙ มีบุคลากรจำนวนประมาณ ๙๐ คน) โดยสำนักงานฯ ทำหน้าที่เป็นฝ่ายเลขานุการให้แก่คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (RRC) และเป็นฝ่ายประสานงานกับหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้คำแนะนำในการดำเนินการตามนโยบายพัฒนากฎหมายและให้ความช่วยเหลือในการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย รวมไปถึงจัดทำรายงานประจำปีเกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายของทุกกระทรวงตามแผนการพัฒนากฎหมายที่แต่ละกระทรวงได้จัดทำขึ้นตามกรอบนโยบายของรัฐบาล

(๓) หน่วยงานวิจัยด้านกฎหมาย

หน่วยงานในลักษณะนี้เป็นหน่วยงานวิจัยที่รัฐบาลจัดตั้งขึ้นเพื่อศึกษาวิจัยทางวิชาการอันจะเป็นการสนับสนุนการปฏิรูปกฎหมาย เช่น การปรับปรุงคุณภาพการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมาย ความคุ้มค่า และความจำเป็นในการมีกฎหมาย ซึ่งมีหน่วยงานวิจัยที่สำคัญ ได้แก่ สถาบันวิจัยกฎหมายแห่งชาติ Korea Legislation Research Institute (KLRI) สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาแห่งสาธารณรัฐเกาหลี Korea Development Institute (KDI) สถาบันรัฐประศาสนศาสตร์แห่งสาธารณรัฐเกาหลี Korea Institute of Public Administration (KIPA) เป็นต้น

(๔) The Regulatory Reform Task Force

หน่วยงานในลักษณะนี้เป็นหน่วยงานเชี่ยวชาญเฉพาะทางที่ตั้งขึ้นในสังกัดหน่วยงาน Fair Trade Commission เพื่อให้ความช่วยเหลือแก่หน่วยงานของรัฐในการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมายในด้านที่เกี่ยวกับความสามารถทางการแข่งขันทางเศรษฐกิจ วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) และเทคโนโลยี โดยเฉพาะ

(๕) Regulatory Reform and Legal Affair Division

หน่วยงานนี้เป็นหน่วยงานย่อยที่อยู่ในทุกหน่วยงานของรัฐซึ่งทำหน้าที่ในการกำกับดูแลการดำเนินการเกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายในความรับผิดชอบของหน่วยงานนั้น ๆ รวมไปถึงการให้ความช่วยเหลือและคำแนะนำในการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมายและการทบทวนกฎหมายที่อยู่ในความดูแลของหน่วยงานนั้นด้วย

๖. บทบาทในการปฏิรูปกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (Regulatory Reform Office (RRO))

สำนักงาน RRO เป็นหน่วยงานกลางในการขับเคลื่อนการปฏิรูปกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี สำนักงาน RRO ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อรับมือกับวิกฤตการณ์การเงินในเอเชีย พ.ศ. ๒๕๔๐ และมีหน้าที่เป็นสำนักงานเลขานุการของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (Regulatory Reform Committee) เพื่อสนับสนุน

การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการฯ เกี่ยวกับการกำหนดทิศทางการปฏิรูปกฎหมายของประเทศ การตรวจสอบและประเมินผลกระทบของกฎหมายที่มีอยู่เดิมและกฎหมายที่จะถูกตราขึ้นใหม่ รวมทั้ง รวบรวมและจัดทำฐานข้อมูลกฎหมาย ในปัจจุบันสำนักงาน RRO ยังคงเป็นหน่วยงานกลางในการผลักดัน การพัฒนาคุณภาพของกฎหมายในสาธารณรัฐเกาหลีให้เป็นไปอย่างต่อเนื่อง โดยนอกจากการทำหน้าที่ เป็นหน่วยงานกลางในการกำกับดูแลการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย การรับฟังความคิดเห็น ของผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง และการมีส่วนร่วมของประชาชนในการปรับปรุงและจัดทำกฎหมายแล้ว สำนักงาน RRO ยังเป็นหน่วยงานกลางในการประสานกับหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ เพื่อควบคุมทิศทางและคุณภาพ ของการปรับปรุงและจัดทำกฎหมาย รวมถึงการลงพื้นที่ตรวจสอบวิธีการทำงานในส่วนที่เกี่ยวกับการ พัฒนากฎหมายในระดับท้องถิ่น รวมทั้งการกำหนดทิศทางในการพัฒนากฎหมายต่อไปในอนาคต นอกจากนี้ สำนักงาน RRO ยังมีหน้าที่ในการรวบรวมและจัดทำฐานข้อมูลกฎหมายแห่งชาติ ทั้งในภาษา เกาหลี ภาษาอังกฤษ และภาษาจีน

๖.๑. ปัจจัยของความสำเร็จในการปฏิรูปกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้

องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ หรือ OECD จัดการ ประเมินผลการปฏิรูปกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๕๑ และพบว่าประเทศเกาหลีใต้ นั้น นับได้ว่าเป็นประเทศที่ ๓ ของโลกที่สามารถทำการปฏิรูปกฎหมายของตนเองได้สำเร็จ รองจากประเทศ อังกฤษและประเทศแคนาดา ทั้งนี้ แรงผลักดันสำคัญที่ทำให้การปฏิรูปกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้ ประสบความสำเร็จได้นั้น มี ๓ ประการ ดังนี้

(๑) แรงกดดันอย่างหนักจากภาคเศรษฐกิจ ประชาชน และภาคเอกชน ให้เกิดการเปลี่ยนแปลงประเทศ เพื่อรับมือกับผลพวงทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นจากวิกฤตการณ์การเงิน ในเอเชีย พ.ศ. ๒๕๔๐ และอีกครั้งในปี พ.ศ. ๒๕๕๑ เมื่อเกิดวิกฤตสินเชื่อซับไพรม์ หรือวิกฤติ แคมเบอร์เกอร์

(๒) การออกแบบระบบและกระบวนการทำงานเพื่อการดำเนินการเกี่ยวกับการ ปฏิรูปกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ การตราพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการปรับปรุงและการ จัดทำกฎหมาย การวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย การรับฟังความคิดเห็นของผู้มี ส่วนเกี่ยวข้อง และการมีส่วนร่วมของประชาชน พร้อมทั้งจัดตั้งให้มีคณะกรรมการและหน่วยงานกลาง ในการขับเคลื่อนการปฏิรูปกฎหมาย โดยคณะกรรมการดังกล่าวประกอบไปด้วยตัวแทนจากทั้งภาครัฐ และเอกชน และมีนายกรัฐมนตรีเป็นประธานร่วมกับตัวแทนจากฝ่ายเอกชน ทำให้คณะกรรมการปฏิรูป กฎหมายมีอำนาจชี้ขาดในเชิงนโยบายของประเทศเพื่อกำหนดทิศทางการปฏิรูปกฎหมาย และเป็น ศูนย์กลางในการเชื่อมโยงการทำงานของหน่วยงานของรัฐที่ต้องการปรับปรุงหรือเสนอกฎหมายใหม่

(๓) การได้รับการสนับสนุนจากหน่วยงานของรัฐทุกส่วน และความร่วมมือร่วม ใจจากภาคเอกชนและประชาชนนับเป็นหัวใจสำคัญของความสำเร็จในการปฏิรูปกฎหมายของ สาธารณรัฐเกาหลี เนื่องจากการปฏิรูปกฎหมายจะทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางโครงสร้างของสังคม และเศรษฐกิจในหลาย ๆ ด้าน ดังนั้น หากภาครัฐขาดแรงสนับสนุนจากส่วนใดส่วนหนึ่ง หรือหน่วยงาน ภาครัฐหรือเอกชนไม่พร้อมจะให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่ สาธารณรัฐเกาหลีก็จะไม่สามารถทำให้ การปฏิรูปกฎหมายเกิดผลอย่างเป็นรูปธรรมได้

๖.๒ ปัญหาและอุปสรรคในการปฏิรูปกฎหมายและวิธีการแก้ไข

คณะผู้แทนสำนักงาน RRO ตั้งข้อสังเกตว่า อุปสรรคสำคัญอย่างหนึ่งที่ยังคง เป็นปัญหาดังแต่ระยะเริ่มแรกของการปฏิรูปกฎหมายมาจนถึงปัจจุบัน คือ การเสริมสร้างการรับรู้

และการมีส่วนร่วมของประชาชนในการปรับปรุงและจัดทำกฎหมาย กล่าวคือ กระบวนการทำงานของภาครัฐที่ขาดความโปร่งใส หรือขาดการสื่อสารกับความต้องการของสังคมและประชาชนอย่างต่อเนื่อง นอกจากจะทำให้กฎหมายที่ได้จัดทำขึ้นไม่มีคุณภาพและไม่ตรงกับบริบทของสังคมแล้ว ยังส่งผลให้ความเชื่อมั่นของประชาชนในรัฐบาลลดถอยลงอีกด้วย ดังนั้น เพื่อให้การปฏิรูปกฎหมายและการพัฒนากฎหมายของประเทศดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ หน้าที่ที่สำคัญที่สุดของภาครัฐ คือการสื่อสารกับประชาชนอย่างต่อเนื่องในระหว่างกระบวนการปรับปรุงและจัดทำกฎหมาย เพื่อเสริมสร้างการรับรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับนโยบายของรัฐให้แก่ประชาชน เพื่อกระตุ้นการมีส่วนร่วมของภาคเอกชน และประชาชนในการพัฒนาคุณภาพของกฎหมายของประเทศ

๖.๓ การวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย

การวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย (Regulatory Impact Assessment หรือ RIA) เมื่อเปรียบเทียบกับ การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย (Ex-post Evaluation) นั้น จะเห็นได้ว่าการจัดทำ RIA เป็นงานหลักสำหรับสำนักงาน RRO ในการพัฒนาคุณภาพกฎหมาย เนื่องจากเป็นกระบวนการกรองกฎหมายที่จัดทำขึ้นใหม่ให้มีเฉพาะเท่าที่จำเป็นและมีคุณภาพ ในส่วนของการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายนั้นจะเป็นการดำเนินการเพื่อปรับปรุงคุณภาพกฎหมายที่มีอยู่ให้ทันสมัยอยู่เสมอ ดังนั้น หากรัฐบาลสามารถกลั่นกรองกฎหมายที่จะเกิดขึ้นมาใหม่ได้อย่างมีประสิทธิภาพแล้ว ภาระงานที่จะเกิดขึ้นในภายหลังเมื่อมีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายก็จะลดน้อยลง อย่างไรก็ตาม ในบริบทของประเทศไทยในปัจจุบันนั้นแตกต่างกับสาธารณรัฐเกาหลีค่อนข้างมาก โดยประเทศไทยยังอยู่ในระยะเริ่มแรกของการปฏิรูปกฎหมาย การดำเนินการในส่วนของการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายเพื่อปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่จึงควรเป็นงานหลักของรัฐบาลไทยควบคู่ไปกับการออกแบบกระบวนการในการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย สำหรับวิธีการในการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายและสูตรในการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลีนั้น ในระยะแรกรัฐบาลและสำนักงาน RRO ได้ดำเนินการตามข้อเสนอแนะของ OECD เป็นส่วนใหญ่ แต่หลังจากได้มีประสบการณ์และพบเจออุปสรรคในการดำเนินงานตามวิธีดังกล่าวแล้ว สำนักงาน RRO ร่วมกับสถาบันวิจัยแห่งชาติ KDI และ KIPA จึงได้พัฒนาต่อยอดจากข้อเสนอแนะของ OECD อย่างต่อเนื่องมาจนในปัจจุบัน สาธารณรัฐเกาหลีจึงได้คิดค้นกระบวนการและวิธีการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายเป็นของตนเอง ภายใต้แนวคิดของการทำงานเพื่อมุ่งไปสู่การพัฒนาอย่างเป็นระบบ ทัวถึง และมีประสิทธิภาพให้เหมาะสมกับวิธีการทำงานของหน่วยงานของรัฐและบริบททางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศมากที่สุด

เมื่อมีการจัดทำกฎหมายหรือวางแผนนโยบาย คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย และสำนักงาน RRO ให้ความสำคัญเป็นอย่างมากกับการมีส่วนร่วมของทุกภาคส่วนในประเทศ ทั้งภาคเอกชน ประชาชน และหน่วยงานของรัฐ คณะผู้แทนฯ ในการประชุมครั้งนี้จึงมีข้อเสนอแนะว่า ปัจจัยสำคัญที่จะทำให้การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทยดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ และประสบความสำเร็จอย่างยั่งยืนได้นั้น คือ ความโปร่งใสในการดำเนินงานของภาครัฐ และการกระตุ้นการมีส่วนร่วมจากทุกภาคส่วนของประเทศ โดยรัฐบาลควรจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็น การแลกเปลี่ยนความรู้ และเสริมสร้างความเข้าใจร่วมกับผู้มีส่วนได้เสียอย่างทั่วถึงและต่อเนื่อง เพื่อเสริมสร้างความร่วมมือร่วมใจจากทั้งภาครัฐและภาคเอกชนในการมุ่งพัฒนาคุณภาพกฎหมายของประเทศต่อไป

๗. บทบาทในการปฏิรูปกฎหมายของสถาบันวิจัยกฎหมายแห่งประเทศไทยเกาหลีใต้ (Korea Legislation Research Institute (KLRI))

สถาบันวิจัยกฎหมายแห่ง (KLRI) เป็นสถาบันวิจัยนโยบายระดับชาติของรัฐบาลที่จัดตั้งขึ้นเมื่อเดือนกรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๙๐ โดยมีวัตถุประสงค์ในการที่จะรวบรวมและจัดการข้อมูลด้านกฎหมายอย่างเป็นระบบและดำเนินการวิจัยทางวิชาชีพด้านกฎหมาย รวมทั้งให้คำแนะนำและให้ความช่วยเหลือในการกำหนดนโยบายระดับชาติ นโยบายด้านกฎหมายและยกระดับการให้บริการทางกฎหมาย KLRI ได้จัดทำข้อเสนอแนะด้านกฎหมายที่มีประสิทธิภาพสำหรับประเด็นนโยบายที่ร่วมสมัย โดยอาศัยผลงานวิจัยที่มีคุณภาพสูง มีการรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับระบบการออกกฎหมายของต่างประเทศ และจัดคำแปลภาษาอังกฤษของกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบันของประเทศไทย นอกจากนั้น KLRI ยังมุ่งเน้นความก้าวหน้าและโลกาภิวัตน์ของระบบการออกกฎหมายของเกาหลี นอกจากนั้น KLRI มุ่งมั่นที่จะผลักดันการพัฒนานโยบายด้านกฎหมาย และเป็นส่วนหนึ่งในการกำหนดกลยุทธ์ในระดับสากลของเกาหลี นอกจากนั้น KLRI ยังได้สนับสนุนการประกอบธุรกิจของเกาหลีให้ขยายไปทั่วโลกด้วยการวิเคราะห์ระบบการออกกฎหมายของประเทศไทยอื่น ๆ ได้อย่างรวดเร็วทันต่อเวลา ทั้งนี้ภารกิจที่สำคัญของ KLRI นั้น จะมีรายละเอียดโดยสรุป ดังนี้

(๑) ศึกษาวิจัยกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายภายในของประเทศไทย รวมทั้งนโยบายเกี่ยวกับการออกกฎหมาย

(๒) รวบรวม จัดการ และเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับการร่างกฎหมายทั้งในประเทศและต่างประเทศอย่างเป็นระบบผ่านเว็บไซต์

(๓) ดีพิมพ์เผยแพร่และจัดหาเอกสารเกี่ยวกับเจตนารมณ์ในการร่างกฎหมาย รวมทั้งความเป็นมาของกฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับ

(๔) ศึกษาวิจัยเกี่ยวกับทักษะในการออกกฎหมาย การจัดทำประมวลกฎหมายของประเทศไทยได้ก่อนที่จะเข้าสู่ระบบกฎหมายในปัจจุบัน รวมทั้งศึกษาความเป็นมาของกระบวนการออกกฎหมายของแต่ละประเทศ

(๕) ศึกษาวิจัยทางกฎหมายร่วมกับสถาบันทั้งในประเทศหรือต่างประเทศเกี่ยวกับระบบกฎหมาย และนโยบายในการออกกฎหมาย รวมทั้งเชิญผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายทั้งในประเทศหรือต่างประเทศมาเพื่อการวิจัย

(๖) มอบหมายให้สถาบันวิจัยอื่นภายในประเทศหรือสถาบันวิจัยเฉพาะด้านเป็นผู้ดำเนินการโครงการศึกษาวิจัย ไม่ว่าจะเป็นโครงการศึกษาวิจัยของรัฐบาลหรือองค์กรเอกชน

(๗) ดำเนินโครงการอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของ KLRI

๘. บทบาทในการปฏิรูปกฎหมายของสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยเกาหลีใต้ (The Federation of Korea Industries (FKI))

สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยเกาหลีใต้ก่อตั้งขึ้นในปี พ.ศ. ๒๕๐๔ โดยเกิดขึ้นจากการรวมตัวของธุรกิจอุตสาหกรรมต่าง ๆ เพื่อเรียกร้องให้ภาครัฐมีการวางแผนและจัดทำนโยบายฟื้นฟูพัฒนาเศรษฐกิจและภาคอุตสาหกรรมในขณะที่ประเทศกำลังเผชิญภาวะเศรษฐกิจตกต่ำภายหลังสงครามเกาหลีสิ้นสุดลง โดยสภาอุตสาหกรรมฯ ได้เข้ามามีส่วนร่วมเป็นผู้ผลักดันให้เกิดนโยบายส่งเสริมอุตสาหกรรมส่งออกของสาธารณเกาหลีในช่วงปี ค.ศ. 1980 ซึ่งได้กลายมาเป็นนโยบายสำคัญที่ช่วยฟื้นฟูและพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ และเป็นจุดกำเนิดของบริษัทยักษ์ใหญ่ เช่น

Samsung และ Hyundai ในปัจจุบัน ซึ่งในตลอดระยะเวลา ๖๐ ปีหลังจากการก่อตั้งนั้น สมาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยได้ได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการเป็นกระบอกเสียงให้แก่ภาครัฐกิจและอุตสาหกรรมของประเทศ โดยการเข้ามามีส่วนร่วมให้คำแนะนำและเสนอแนะนโยบายทางด้านเศรษฐกิจและการพัฒนาแก่ภาครัฐอยู่อย่างต่อเนื่อง โดยบทบาทของสมาคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยในการปฏิรูปกฎหมายนั้นได้เกิดขึ้นอย่างชัดเจนในปี พ.ศ. ๒๕๔๐ ซึ่งภาครัฐและภาคเอกชนได้ร่วมมือกันกำหนดมาตรการปฏิรูปกฎหมายเพื่อรับมือกับผลพวงทางเศรษฐกิจอันเกิดขึ้นจากวิกฤตต้มยำกุ้ง นอกจากการปฏิรูปกระบวนการจัดทำกฎหมายโดยภาครัฐบาล เพื่อเสริมสร้างการมีส่วนร่วมของประชาชนแล้ว สมาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยได้ยังมีบทบาทสำคัญในการผลักดันโครงการปรับปรุงและยกเลิกกฎหมายที่ล้าสมัย หมดความจำเป็น หรือสร้างภาระแก่การดำรงชีวิตของประชาชนเกินความจำเป็น (โครงการ Regulatory Guillotine) โครงการดังกล่าวสามารถลดจำนวนกฎหมายในสาธารณรัฐเกาหลีลงจำนวนประมาณ ๓,๐๐๐ ฉบับ เป็นการลดภาระในการปฏิบัติตามกฎหมายที่มากเกินไป เพื่อกระตุ้นเศรษฐกิจโดยการสร้างบรรยากาศการลงทุนสำหรับนักลงทุนทั้งภายในและภายนอกประเทศ นอกจากนี้ สมาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยยังจัดทำข้อเสนอแนะนโยบายอื่น ๆ นอกเหนือจากการทบทวนหรือยกเลิกกฎหมายต่าง ๆ ต่อทั้งคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (RRO) และกระทรวงการร่างกฎหมาย (MOLEG) อยู่เสมอ ตัวอย่างเช่น ข้อเสนอให้ภาครัฐพัฒนาระบบสวัสดิการและประกันสุขภาพแก่ประชาชนให้ทั่วถึงและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ข้อเสนอดังกล่าวส่งผลให้ต้นทุนด้านสวัสดิการสุขภาพของภาคเอกชนลดน้อยลง ทำให้ธุรกิจต่าง ๆ ปรับเปลี่ยน นำจำนวนต้นทุนที่ลดลงนั้นไปพัฒนาธุรกิจของตนในส่วนอื่นได้ อย่างไรก็ตามแม้ว่าสาธารณรัฐเกาหลีนั้นจะถูกนับว่าเป็นประเทศที่ ๓ ของโลกซึ่งประสบความสำเร็จในการปฏิรูปกฎหมายอย่างเต็มรูปแบบตามผลการศึกษาของ OECD สมาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยกลับมองว่าสาธารณรัฐเกาหลียังคงมีกฎหมายในหลาย ๆ ด้านที่ควรจะได้รับ การทบทวนและพัฒนาให้ทันสมัยยิ่งขึ้น และถึงแม้ว่าการปฏิรูปกระบวนการออกกฎหมายของภาครัฐ โดยการกำหนดให้หน่วยงานผู้เสนอกฎหมายดำเนินการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมายและเพิ่มการมีส่วนร่วมของประชาชนผ่านการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องนั้นสามารถช่วยพัฒนาคุณภาพของกฎหมายให้ดีขึ้นในระดับหนึ่ง แต่ภาคเอกชนกลับมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ดัชนีชี้วัด “ความสำเร็จ” ซึ่งภาครัฐใช้ในการพัฒนามาตรฐานกฎหมายในแต่ละด้านนั้นยังคงมีความชัดเจนไม่เพียงพอ ภาคธุรกิจยังคงมีความรู้สึกว่าหน่วยงานของรัฐมักจะปฏิบัติตามกระบวนการดังกล่าวตามหน้าที่เพื่อเป็นพิธีเท่านั้น สมาอุตสาหกรรมฯ จึงยังเห็นว่ายังคงมีกฎหมายและนโยบายของภาครัฐในหลาย ๆ ด้านที่ภาครัฐควรให้ความสนใจทบทวนและพัฒนาเพื่อส่งเสริมเศรษฐกิจและพัฒนาประเทศต่อไป

๙. บทบาทในการปฏิรูปกฎหมายของสถาบันรัฐประศาสนศาสตร์แห่งประเทศไทย (Korea Institute of Public Administration (KIPA))

สถาบันรัฐประศาสนศาสตร์แห่งประเทศไทย (Korea Institute of Public Administration : KIPA) เป็นหน่วยงานของรัฐที่ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. ๑๙๙๑ โดยมีวัตถุประสงค์ในการจัดทำงานวิจัยเพื่อการพัฒนากระบวนการและการทำงานในการบริหารรัฐกิจ การจัดเก็บข้อมูลงานวิจัยที่เกี่ยวข้องอย่างเป็นระบบ และบริหารจัดการข้อมูลเกี่ยวกับการบริการสาธารณะที่มีความหลากหลาย รวมทั้งการสนับสนุนแลกเปลี่ยนความร่วมมือกับสถาบันการวิจัยที่เกี่ยวข้องทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ การดำเนินงานของ KIPA ก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างมีนัยสำคัญด้านการบริหารจัดการ

ภาครัฐ ด้วยการผลิตผลงานวิจัยที่มีคุณภาพสูงให้แก่องค์กรในภาคส่วนต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก ซึ่งสอดคล้องตามวัตถุประสงค์ของการก่อตั้งสถาบันดังกล่าวนี้

๑๐. การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย ในภาพรวมของประเทศเกาหลีใต้

ประเทศเกาหลีใต้ถือได้ว่าเป็นประเทศหนึ่งที่ประสบความสำเร็จในด้านการปฏิรูปกฎหมาย โดยเมื่อพิจารณาในแง่ประวัติศาสตร์แล้ว แนวความคิดเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายนั้น ได้มีพัฒนาการมาโดยลำดับประกอบกับความร่วมมือในการดำเนินการจากองค์กรของรัฐทุกภาคส่วน นอกจากนี้ กระบวนการการปฏิรูปกฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการไว้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกระบวนการเกี่ยวกับการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย ซึ่งมีรายละเอียดโดยสังเขปดังนี้

๑. บทนำเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้

ความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ของการปฏิรูปกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้ มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา ซึ่งเป็นไปตามยุคสมัยของผู้นำประเทศ ในยุคแรกในสมัยของประธานาธิบดี Kim Dae-Jung (ค.ศ. ๑๙๙๘-๒๐๐๓) มีการจัดตั้งคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายขึ้น เพื่อทำหน้าที่ปฏิรูปกฎหมายของประเทศ มีการออกกฎหมายกำหนดกรอบการทำงานเกี่ยวกับกฎหมาย ด้านการบริหารรัฐกิจ และนำหลักการ Regulatory Guillotine มาใช้ในการปฏิรูปกฎหมาย ต่อมา ในสมัยของประธานาธิบดี Roh Moo-Hyun (ค.ศ. ๒๐๐๓-๒๐๐๘) มีการแยกส่วนการทำงานเฉพาะด้าน โดยเกิดความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชนในการกำหนดแผนการปฏิรูปกฎหมาย ในช่วงนี้มีการริเริ่ม นำระบบการจัดการที่เรียกว่า Regulatory Stock Management System มาใช้ มีการปรับปรุงกฎหมายเพื่อส่งเสริมการทำธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม และปรับปรุงกฎหมายที่ซ้ำซ้อนกัน ในสมัยของประธานาธิบดี Lee Myung-Bak (ค.ศ. ๒๐๐๘-๒๐๑๓) มีการแยกส่วนการทำงานเฉพาะด้าน เพิ่มมากขึ้น โดยมีการดำเนินการตามแผนความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชนในการปฏิรูปกฎหมาย และมีการจัดตั้งคณะกรรมการว่าด้วยการแข่งขันของประเทศ มีการดำเนินการด้านการปฏิรูปกฎหมาย ที่สำคัญ ได้แก่ การนำหลักการทบทวนกฎหมายที่เรียกว่า Sunset Clause มาใช้ มีการคิดค้นระบบ การให้ข้อมูลด้านกฎหมาย (Regulation Information System : RIS) และ Temporary Regulatory Relief (TRR) จนกระทั่งในสมัยของประธานาธิบดี Park Geun-Hye (ค.ศ. ๒๐๑๓-๒๐๑๗) มีการแยกส่วนการทำงานเฉพาะด้านเพิ่มมากขึ้นอีก คือ ความร่วมมือระดับสูงระหว่างรัฐกับเอกชนในการกำหนด แผนการปฏิรูปกฎหมาย มีการประชุมระดับรัฐมนตรีเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมาย มีการจัดตั้ง คณะกรรมการด้านการลงทุนทางอุตสาหกรรมใหม่ (Emerging Industry) ในยุคนี้มีการดำเนินการ ด้านการปฏิรูปกฎหมายที่สำคัญ ได้แก่ นำหลัก Cost-in Cost-out มาใช้ มีหลักการปฏิรูปกฎหมาย ที่เรียกว่า Sinmungo (การตีกลองร้องทุกข์) และปรับปรุงกฎหมายของรัฐบาลท้องถิ่นให้ทันสมัย มากยิ่งขึ้น

๒. ทิศทางนโยบายของการออกกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้

ทิศทางนโยบายของการออกกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้ นั้นจะมีหลักการสำคัญ ที่จะนำไปสู่การปฏิรูปกฎหมายเพื่อให้ได้กฎหมายที่มีคุณภาพที่ดีขึ้น ซึ่งมีหลักการสำคัญ ๒ ประการ คือ

(ก) ขจัดกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจ

(ข) บังคับใช้กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยของสาธารณะ และสุขภาพของประชาชน

๓. กลยุทธ์และเครื่องมือสำหรับการปฏิรูปกฎหมาย

กลยุทธ์และเครื่องมือสำหรับการปฏิรูปกฎหมาย ประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ ๒ ประการ คือ องค์การที่เกี่ยวข้องกับการปฏิรูปกฎหมาย และหลักการที่ใช้ในการปฏิรูปกฎหมาย

๓.๑ องค์การที่เกี่ยวข้องกับการปฏิรูปกฎหมาย

องค์กรปฏิรูปกฎหมายอาจแบ่งได้ ๔ ระดับ คือ

(ก) ระดับประธานาธิบดี โดยมีการประชุมรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับการปฏิรูปกฎหมาย

(ข) ระดับนายกรัฐมนตรี โดยการประชุมรัฐมนตรีย่อยเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมาย และมีคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (Regulatory Reform Committee : RRC)

(ค) ระดับรัฐบาลกลาง โดยมีองค์การความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชน ที่เรียกว่า Public-Private Joint Advancement Initiative มีสำนักงานการปฏิรูปกฎหมาย (Regulatory Reform Office : RRO) ซึ่งอยู่ภายใต้สำนักนายกรัฐมนตรี และคณะกรรมการการลงทุนเกี่ยวกับอุตสาหกรรมใหม่ (Investment Committee on the Emerging Industry)

(ง) ระดับภูมิภาค โดยหน่วยงานจากการปกครองส่วนกลางและการปกครองส่วนท้องถิ่น

๓.๒ หลักการสำคัญที่ใช้ในการปฏิรูปกฎหมาย

หลักการสำคัญที่ใช้ในการปฏิรูปกฎหมาย จะมีสาระสำคัญ ๕ ประการ ได้แก่

(๑) ระบบการจัดทะเบียนกฎหมาย (Regulatory Registry System)

(๒) หลักการ Regulatory Information Portal

(๓) หลักการ Sinmungo หรือ Regulatory Petition

(๔) การวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมาย Regulatory Impact Analysis

(๕) หลักการ Cost-in, Cost-out (CICO)

๔. กระบวนการที่สำคัญในการปฏิรูปกฎหมาย

ในกระบวนการตรากฎหมายจะมีกระบวนการย่อยที่จะต้องกระทำเพื่อให้ได้กฎหมายที่มีคุณภาพ ซึ่งมีกระบวนการย่อยสำคัญ ๒ ประการ ได้แก่ การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย (Regulatory Impact Analysis) และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ดังต่อไปนี้

(๑) การวิเคราะห์ผลกระทบในการตรากฎหมาย (Regulatory Impact Analysis) จะต้องกระทำตั้งแต่ในขั้นการจัดทำร่างกฎหมายก่อนการการประชุมเพื่อพิจารณาร่างกฎหมาย จะต้องมีการจัดทำคำชี้แจงการวิเคราะห์ผลกระทบในการตรากฎหมาย มีการวิเคราะห์เนื้อหาของกฎหมาย โดยนำหลักการต่าง ๆ มาใช้ในการวิเคราะห์ เช่น หลักการ CICO และต้องมีการทบทวนโดยคณะกรรมการด้านเทคนิคเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการมีกฎหมาย (Regulatory Cost) และผลกระทบต่อผู้ประกอบการธุรกิจของธุรกิจ SMEs อีกด้วย

(๒) การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (RRC) จะมีขึ้นเมื่อคณะกรรมการดังกล่าวได้รับความเห็นจากองค์กรที่เกี่ยวข้องหรือองค์กรภาคประชาชนแล้ว คณะกรรมการ RRC จะนำมาวิเคราะห์ร่วมกับรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง และจะมีการดำเนินการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง (Public Consultation) จากนั้นจะมีการประเมินผลเบื้องต้น ซึ่งหากผลการประเมินเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวมีผลกระทบน้อยจะให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องทำการประเมินกฎหมายนั้นต่อไปเอง แต่หากเห็นว่าเป็นกฎหมายสำคัญที่มีผลกระทบมาก เช่น มีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจมากกว่า ๑๐ ล้านเหรียญสหรัฐขึ้นไป กระทบต่อประชาชนมากกว่าหนึ่งล้านคนขึ้นไป หรืออาจทำให้เกิดการเสียเปรียบในการแข่งขันทางการค้า กรณีเหล่านี้ คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายจะเป็นผู้ดำเนินการจัดทำการศึกษาทบทวนและเสนอแนะผลการวิเคราะห์ผลกระทบในการตรากฎหมายนั่นเอง

๕. การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้

๕.๑ แนวความคิดเกี่ยวกับการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย

องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co-operation and Development: OECD) ได้ให้ความหมายของการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย (RIA) หมายความว่า เป็นกระบวนการที่จัดเป็นเครื่องมือและเป็นกระบวนการตัดสินใจสำหรับผู้มีอำนาจตัดสินใจทางการเมืองในการกำหนดว่าจะออกกฎหมายอย่างไร เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของนโยบายสาธารณะ ทั้งนี้ กฎหมายภายในของประเทศเกาหลีใต้ได้กำหนดถึงแนวความคิดของการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายไว้ในมาตรา ๒ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยแนวทางการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร (Framework Act on Administrative Regulations 1997) โดยกำหนดให้การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายจะกระทำขึ้นเพื่อคาดการณ์และวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายสำหรับชีวิตประจำวันของประชากร สังคม เศรษฐกิจ การบริหาร บ้านเมือง และวัตถุประสงค์อื่น ๆ ด้วยการดำเนินการที่เป็นรูปธรรมและเป็นวิทยาศาสตร์ การดำเนินการดังกล่าวก่อเกิดมาตรฐานซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานในการบ่งชี้ถึงความถูกต้องเหมาะสมของกฎหมาย

๕.๒ กระบวนการและขั้นตอนที่สำคัญของการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย

กระบวนการในการจัดทำกรวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายสามารถสรุปรายละเอียดได้ ดังนี้

(๑) การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย (Regulatory Impact Analysis and Independent Examination)

โดยที่มาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยแนวทางการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารฯ กำหนดให้หน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายที่จะเสนอและจัดทำรายงาน โดยมีประเด็นที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

- ความจำเป็นในการตราหรือแก้ไขกฎหมาย
- ความเป็นไปได้ในการบรรลุจุดประสงค์ของกฎหมาย
- วิธีการอื่นในการบรรลุจุดประสงค์ของกฎหมาย และความทับซ้อนกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้ว
- การวิเคราะห์ค่าใช้จ่ายและประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับ
- ผลกระทบต่อธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม
- มีการจำกัดการแข่งขันหรือไม่

- ความเป็นกลางและความชัดเจนของกฎหมาย
- องค์กร บุคลากร และงบประมาณในการบังคับใช้กฎหมาย
- เอกสารที่ใช้ในการดำเนินการทางแพ่ง ขั้นตอนการดำเนินงาน และสาระสำคัญอื่น ๆ มีความเหมาะสมหรือไม่

หน่วยงานเจ้าของเรื่องจะต้องประกาศรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายให้กับประชาชนทั่วไปทราบและมีการนำความคิดเห็นของผู้ได้รับผลกระทบไปพิจารณา รวมถึงกำหนดหัวข้อ ขอบเขต วิธีการ ฯลฯ เพื่อการตรวจสอบโดยหน่วยงานอิสระต่อไป

๑.๒ การรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง (Public Consultation)

มาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยแนวทางการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารฯ กำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่จะเสนอร่างกฎหมายต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากหน่วยงานบริหารราชการ ภาคประชาสังคม ผู้มีส่วนได้เสีย สถาบันวิจัย ผู้เชี่ยวชาญ และบุคคลอื่น ๆ ผ่านวิธีการต่าง ๆ เช่น การประชุมสัมมนา การเปิดรับฟังความคิดเห็นทางสื่อสารสนเทศ หรือการหาประชาพิจารณ์ เป็นต้น

๑.๓ ขั้นตอนเกี่ยวกับการประเมินผลกระทบในการตรากฎหมาย

ในการทำการการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย แยกพิจารณาเป็นลำดับขั้นตอนได้ดังนี้

(๑) วิเคราะห์ความจำเป็นของการออกกฎหมายและทางเลือก

ในขั้นตอนนี้จะมีการจำกัดความสภาพปัญหาซึ่งเป็นภัยอันตรายหรือความเสียหายของสังคม โดยจะต้องมีการจำกัดความที่ชัดเจนและแจ่มแจ้งสภาพปัญหาดังกล่าวว่ามีอะไรบ้าง ผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากปัญหาดังกล่าว และแสดงเหตุผลได้ว่าเหตุใดปัญหาดังกล่าวจึงเป็นปัญหาที่สำคัญอันสมควรต้องมีกฎหมายเพื่อแก้ปัญหานั้น นอกจากนี้ ต้องวิเคราะห์ด้วยว่าสาเหตุของปัญหาที่ซ่อนอยู่คืออะไร เช่น ความล้มเหลวของการตลาด นโยบาย หรือความเสี่ยงที่ไม่คาดคิด จากนั้นจะต้องมีการให้เหตุผลความจำเป็นที่รัฐบาลต้องเข้ามาดำเนินการในเรื่องนี้ โดยมีข้อมูลสถิติที่น่าเชื่อถือในการอ้างอิง

(๒) วิเคราะห์ความเหมาะสมของกฎหมาย

ในขั้นตอนนี้จะต้องมีการกำหนดทางเลือกต่าง ๆ ในการตรากฎหมาย และเลือกใช้วิธีทางที่ดีที่สุด โดยมีการจำลองสถานการณ์ว่าหากรัฐไม่ดำเนินการอย่างไรเลย ผลที่จะเกิดขึ้นจะเป็นอย่างไร หากใช้ทางเลือกที่รัฐมนตรีต้องการ ผลที่เกิดขึ้นจะเป็นอย่างไร และทางเลือกอื่นทั้งการตราและไม่ตรากฎหมาย ซึ่งจะต้องวิเคราะห์ถึงมูลเหตุจูงใจ ความเคลื่อนไหวของสังคม การตรากฎหมายใหม่ หรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่

(๓) วิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมาย

ในขั้นตอนนี้จะต้องมีการวิเคราะห์ความเหมาะสมของการตรากฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายที่จะตราขึ้นต้องเหมาะสมกับการแก้ไขสภาพปัญหาหรือความเสี่ยงที่ได้จำกัดความไว้ ต้นทุนของการออกกฎระเบียบต้องน้อยกว่าประโยชน์ที่จะได้รับ และต้องมีวิเคราะห์ผลกระทบของธุรกิจ SMEs และความสามารถในการแข่งขันทางการค้า อีกทั้งต้องวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกรณีที่เกี่ยวข้องกัน ทั้งกรณีที่เกิดขึ้นในสถาบันระหว่างประเทศ ประเทศหลักที่พัฒนาแล้ว และกรณีที่คล้ายคลึงกันภายในประเทศ นอกจากนี้ ต้องมีการวิเคราะห์ต้นทุนและประโยชน์ที่จะได้รับ (Cost-Benefit Analysis)

โดยต้องมีการกำหนดผู้ที่เกี่ยวข้อง (Stakeholders) กำหนดถึงผลได้ผลเสีย และมาตรการที่จะว่านำมาใช้

(๔) วิเคราะห์การบังคับใช้และสรุปผล

ในขั้นตอนนี้จะต้องมีการกำหนดแผนการประเมินผลการบังคับใช้กฎหมาย โดยกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาทบทวนความจำเป็นและเงื่อนไขของการมีกฎหมายดังกล่าว

(๕) ระบบ Korean E-RIA

เมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๕ ประเทศเกาหลีใต้ได้จัดให้มีระบบการจัดทำ การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย โดยทำงานผ่านเว็บไซต์ในระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Web based online) ทดแทนการใช้คู่มือแบบเก่าในการดำเนินการประเมินผลกระทบในการตรา กฎหมาย ในการนี้ หน่วยงานที่จะตรากฎหมายต้องเข้าไปกรอกข้อมูลซึ่งเป็นแบบฟอร์มมาตรฐาน เกี่ยวกับการประเมินผลกระทบในการตรากฎหมายทางเว็บไซต์ในระบบเครือข่ายดังกล่าว โดยมีศูนย์ การวิจัยการออกกฎหมาย (Regulatory Research Center) ทำหน้าที่กลั่นกรองข้อมูลดังกล่าว

๕.๓ การวิเคราะห์ความจำเป็นของกฎหมายโดยคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

โดยที่มาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยแนวทางการออกกฎหมายของ ฝ่ายบริหารฯ กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องจะไม่สามารถตรากฎหมายได้หากไม่ผ่านการพิจารณา ของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (RRC) และหน่วยงานของรัฐจะต้องส่งผลการพิจารณาของ คณะกรรมการฯ ให้กระทรวงกฎหมายของรัฐบาล (Ministry of Government Legislation: MOLEG) เพื่อประกอบการพิจารณาร่างกฎหมายนั้นด้วย นอกจากนี้ มาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน คณะกรรมการ RRC จะต้องตรวจสอบความจำเป็นของกฎหมายภายใน ๔๕ วัน หรือ ๖๐ วัน (กรณีมี การขยายเวลา) รวมทั้งพิจารณาว่าการตรวจสอบโดยหน่วยงานอิสระตามมาตรา ๗ เป็นไปอย่างเหมาะสม หรือไม่ กรณีมีความจำเป็นต้องได้ข้อมูลเพิ่มเติม คณะกรรมการฯ อาจขอให้หน่วยงานยื่นเอกสาร เพิ่มเติมได้ และหากจำเป็นคณะกรรมการฯ สามารถเสนอแนะให้หน่วยงานดังกล่าวถอนการเสนอ ร่างกฎหมายหรือปรับปรุงร่างกฎหมายได้ และให้หน่วยงานปฏิบัติตามคำแนะนำดังกล่าว เว้นแต่ มีเหตุผลพิเศษเท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากหน่วยงานของรัฐไม่เห็นด้วย อาจเสนอให้คณะกรรมการฯ พิจารณาใหม่อีกครั้งก็ได้

๖. การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้

โดยที่มาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยแนวทางการออกกฎหมายของ ฝ่ายบริหารฯ กำหนดให้กฎหมายจะต้องมีการกำหนดระยะเวลาที่มีผลใช้บังคับเท่าที่จำเป็นในการบรรลุ วัตถุประสงค์และกำหนดระยะเวลาใช้บังคับไม่เกิน ๕ ปี โดยให้หน่วยงานจะต้องยื่นเรื่องไปที่ คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายเพื่อตรวจสอบความจำเป็นของกฎหมายเป็นเวลา ๖ เดือน ก่อนระยะเวลา ดังกล่าวจะสิ้นสุดลงว่าจำเป็นจะต้องมีการต่อระยะเวลาหรือไม่ โดยต้องยื่นเอกสารตามมาตรา ๑๐ ดังต่อไปนี้

- การวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมาย
- ความเห็นจากการตรวจสอบของหน่วยงานอิสระ
- รายงานสรุปการรับฟังความคิดเห็นของผู้ได้รับผลกระทบ

กรณีที่ไม่มีควมจำเป็นต้องขยายระยะเวลาออกไป ให้กฎหมายสิ้นสุดการใช้บังคับ

ทั้งนี้ มาตรา ๑๘ กำหนดให้คณะกรรมการ RRC สามารถตรวจสอบความจำเป็นของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้วก็ได้ กรณีได้รับความคิดเห็นจากผู้มีส่วนได้เสียหรือบุคคลใดก็ตามว่าสมควรมีการพิจารณาตรวจสอบความจำเป็นของกฎหมาย นอกจากนี้มาตรา ๑๙ และมาตรา ๑๙-๒ ยังกำหนดให้หน่วยงานของรัฐจะต้องจัดให้มีการตรวจสอบความจำเป็นของกฎหมายทุกปีและส่งผลการตรวจสอบมายังคณะกรรมการฯ รวมถึงตรวจสอบระยะเวลาใช้บังคับที่กำหนดในกฎหมายทุกปีอีกด้วย ประกอบกับมาตรา ๒๐ และมาตรา ๒๑ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน กำหนดให้คณะกรรมการฯ สามารถกำหนดขอบเขตของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ ซึ่งมีความจำเป็นต้องตรวจสอบความจำเป็นของกฎหมายเป็นกรณีพิเศษในแต่ละปี รวมทั้งกำหนดแนวทางการตรวจสอบความจำเป็น และอาจกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการได้หากเห็นว่าจำเป็น จากนั้นจึงแจ้งให้หน่วยงานของรัฐทราบเพื่อจัดทำแผนการตรวจสอบความจำเป็นของกฎหมายของหน่วยงานนั้น ๆ และดำเนินการตามแผนงาน และเมื่อหน่วยงานของรัฐจัดทำแผนงานแล้วให้คณะกรรมการรวบรวมแผนงานและรายงานต่อประธานาธิบดีต่อไป

ภาคผนวก
รายนามคณะผู้เข้าร่วมการศึกษา
หลักสูตรผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง รุ่นที่ ๒
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง

๑. นายกฤษฎา คงคะจันทร์	หัวหน้าผู้ตรวจราชการกระทรวงวัฒนธรรม
๒. นายโกสินท์ พิทยะเวสต์สุนทร	วิศวกรโยธาทรงคุณวุฒิ กระทรวงคมนาคม
๓. นางสาวจงจิตร นีรนาทเมธิกุล	ผู้ตรวจราชการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม
๔. นางสาวจินนาค์กูร โรจนนันต์	นักวิเคราะห์นโยบายและแผนทรงคุณวุฒิ สศช.
๕. นายชาย นครชัย	รองปลัดกระทรวงวัฒนธรรม
๖. นายชูชัย อุดมโภชน	ที่ปรึกษาด้านพัฒนาระบบสิทธิประโยชน์ทางศุลกากร
๗. นายทศพร นุชนองค์	อธิบดีกรมทรัพยากรธรณี
๘. นายธัมพ์ ชาติจันทร์	อัยการพิเศษฝ่ายคณะกรรมการ ๒ สำนักงานอัยการสูงสุด
๙. นางธิดา พัทธธรรม	ที่ปรึกษาด้านนโยบายและแผนงาน สศช.
๑๐. พันตำรวจโท เขียวรัตน์ วิเชียรสรรค์	ผู้ตรวจราชการสำนักนายกรัฐมนตรี
๑๑. นางนิตยั โรจน์รัตนวาณิชย์	ผู้ตรวจราชการกระทรวงศึกษาธิการ
๑๒. นางสาวปิติกาญจน์ สิทธิเดช	อธิบดีกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ
๑๓. พันตำรวจโท พงษ์ธร ธีบุญศิริ	หัวหน้าผู้ตรวจราชการกระทรวงยุติธรรม
๑๔. พลตำรวจตรี พรชัย ชันดี	รองผู้บัญชาการ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง
๑๕. นางพรพิศ เพชรเจริญ	รองเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร
๑๖. พลเรือตรี ยุทธชัย สีสวัสดิ์	ผู้ชำนาญการ สำนักงานปลัดกระทรวงกลาโหม
๑๗. นางรวีวรรณ ภูริเดช	เลขาธิการสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม
๑๘. นางสาวรีนวดี สุวรรณมงคล	อธิบดีกรมบังคับคดี
๑๙. นายวรศาสดิ์ อภัยพงษ์	อธิบดีกรมทรัพยากรน้ำ
๒๐. นายวัลลภ นาคบัว	ผู้อำนวยการสำนักงานกิจการยุติธรรม
๒๑. พลตำรวจตรี วัลลภ ประทุมเมือง	รองผู้บัญชาการ สำนักงานกำลังพล
๒๒. นายวิชัย คงรัตนชาติ	ผู้ตรวจราชการกระทรวงแรงงาน
๒๓. นายวิทยา ยาม่วง	ที่ปรึกษาด้านเศรษฐกิจการขนส่งทางน้ำ กระทรวงคมนาคม
๒๔. นายสมชัย มาเสถียร	ผู้ตรวจราชการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม
๒๕. นางสมฤดี ธีบุญศิริ	รองเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง
๒๖. นายสมฤทธิ ไชยวงศ์	ผู้ทรงคุณวุฒิด้านคดี สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
๒๗. นายสิทธิพร เคาภายน	ผู้ทรงคุณวุฒิด้านคดี สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
๒๘. นางสาวสุทธิลักษณ์ ระวีวรรณ	อธิบดีกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง
๒๙. นายสุรพล ชามาตย์	ผู้ตรวจราชการกระทรวงอุตสาหกรรม
๓๐. นายโสภณ สุวรรณรัตน์	ที่ปรึกษาด้านกฎหมาย กระทรวงมหาดไทย

๓๑. นายอภิณ โขติกเสถียร
 ๓๒. นางสาวอรรณ นัยภักดี
 ๓๓. นางสาวอัญชลิตา กองอรรถ
 ๓๔. นายแพทย์อากาศ พัฒนเรืองไธ
 ๓๕. ร้อยตำรวจโท อุทัย อาทิวะ
 ๓๖. นายเอกนิติ นิติทัณฑ์ประภาศ

ผู้ตรวจราชการกระทรวงอุตสาหกรรม
 ที่ปรึกษาระบบราชการ สำนักงาน ก.พ.
 กรรมการร่างกฎหมายประจำ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
 ที่ปรึกษากฎหมาย
 อัยการพิเศษฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด
 ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ

ฝ่ายเลขานุการฯ

๑. นางสาวกมลกานต์ ศรสุวรรณ
 ๒. นายสุนทร เปี้ยนสี
 ๓. นายอภิชัย กุ่มเมือง
 ๔. นางสาวคณินจ แซ่เฮง
 ๕. นางสาวปัทมา วรรณทร์
 ๖. นางสาวณธรา บือตฐ์
 ๗. นายปรัชญา เจียสกุล
 ๘. นางสาวใจใส วงศ์พิเชษฐ

นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ
 นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ
 นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ
 นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ
 นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ
 นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ
 นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ
 นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ



สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
Office of the Council of State

การปฏิรูปกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้

สรุปผลการศึกษาดูงานเกี่ยวกับ
การปฏิรูปกฎหมาย ณ ประเทศเกาหลีใต้
ระหว่างวันที่ ๔ - ๘ กันยายน ๒๕๖๐



เอกสารนี้เป็นส่วนหนึ่งของหลักสูตร
ผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง รุ่นที่ ๖



www.krisdika.go.th www.lawreform.go.th

KIPA
THE KOREA
INSTITUTE OF PUBLIC
ADMINISTRATION

KDI

KLRI
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

OECD
BETTER POLICIES FOR BETTER LIVES

สารบัญ

	หน้า
บทที่ ๑ บทนำเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้	๑
บทที่ ๒ กระบวนการร่างกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้	๕
บทที่ ๓ ภาพรวมของกฎหมายในปัจจุบันของประเทศเกาหลีใต้	๗
บทที่ ๔ คณะกรรมการและหน่วยงานที่สำคัญเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมาย ของประเทศเกาหลีใต้	๑๐
บทที่ ๕ การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายและการประเมินผล สัมฤทธิ์ของกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้	๑๖
บทที่ ๖ สรุปผลการประชุมทางวิชาการระหว่างสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนา แห่งประเทศเกาหลีใต้และองค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ	๒๒
ภาคผนวก ๑ ประมวลภาพการศึกษาดูงาน ณ ประเทศเกาหลีใต้	๓๓
ภาคผนวก ๒ รายนามคณะผู้เข้าร่วมศึกษาดูงาน ณ ประเทศเกาหลีใต้	๓๖
ภาคผนวก ๓ Framework Act on Administrative Regulations	๓๘
ภาคผนวก ๔ คำแปลภาษาไทย Framework Act on Administrative Regulations 1997 (พระราชบัญญัติว่าด้วยแนวทางการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร ค.ศ. ๑๙๙๗)	๔๙
ภาคผนวก ๕ เอกสาร Overcoming the Challenges: Lessons from Regulatory Reform in Korea	๕๖
ภาคผนวก ๖ เอกสาร The Legislative Evaluation in Korea	๗๘
ภาคผนวก ๗ เอกสาร Regulatory Impact Analysis Korea Case	๙๑
ภาคผนวก ๘ เอกสาร Broad Stakeholder Engagement in Policymaking	๑๒๘

บทนำเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้*

๑. บทนำ

ระบบกฎหมายของ “ประเทศเกาหลีใต้” หรือที่เรียกอย่างเป็นทางการว่า “สาธารณรัฐเกาหลี” นั้น จัดอยู่ในสกุลกฎหมาย “โรมานอเยอรมันมานิค” (Romano Germanic Family) เหมือนดังเช่นนานาอารยประเทศ เช่น ประเทศเยอรมัน ประเทศออสเตรีย ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ประเทศญี่ปุ่น และประเทศไทย กล่าวคือ ระบบกฎหมายจะถูกจัดทำเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในรูปของประมวลกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อความสะดวกในการบังคับใช้กฎหมายและสามารถทำความเข้าใจกฎหมายได้อย่างเป็นระบบ อย่างไรก็ตาม เมื่อระยะเวลาผ่านไปการขยายตัวของสภาพเศรษฐกิจทั้งภายในและภายนอกประเทศ ความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยี และสภาพทางการเมืองของประเทศเกาหลีใต้ ทำให้สภาพกฎหมายภายในประเทศเกิดปัญหาการมีกฎหมายมากเกินไปจนเกิดความจำเป็นและนำมาสู่ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอย่างไม่มีประสิทธิภาพ โดยมีสาเหตุของปัญหานี้เนื่องมาจากการมีกฎหมายเพื่อ (Regulatory Inflation) การมีกฎหมายที่สร้างภาระในการประกอบการอาชีพหรือการดำเนินธุรกิจของประชาชน รวมทั้งปัญหาเกี่ยวกับกลไกและเงื่อนไขในการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานของรัฐที่ขาดการบูรณาการร่วมกัน

จากสภาพปัญหาดังกล่าวทำให้ประเทศเกาหลีใต้เกิดแนวความคิดที่จะปฏิรูปกฎหมายเพื่อเป็นการควบคุม ตรวจสอบ และพัฒนาคุณภาพของกฎหมาย โดยแนวความคิดดังกล่าวได้เกิดขึ้นในยุครัฐบาลของประธานาธิบดีคิม แทจุง ซึ่งเป็นการปรับโครงสร้างการบริหารภายในประเทศเพื่อเร่งแก้ไขปัญหารับมือกับผลพวงที่เกิดขึ้นจากการล่มสลายทางเศรษฐกิจในขณะนั้นภายหลังจากวิกฤตการณ์ทางการเงินในเอเชียเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๔๐ หรือที่เรียกกันทั่วไปในประเทศไทยว่า “วิกฤตต้มยำกุ้ง” ประเทศเกาหลีใต้จึงได้ตราพระราชบัญญัติ Framework Act on Administrative Regulation 1997 (Framework Act 1997) ขึ้นในปี พ.ศ. ๒๕๔๐ เพื่อวางรากฐานในการปฏิรูปกฎหมายและเป็นหนึ่งในมาตรการสำคัญในการฟื้นตัวทางเศรษฐกิจของประเทศ นอกจากนี้ ยังได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการ Regulatory Reform Commission (RRC) และหน่วยงานธุรการ Regulatory Reform Office (RRO) ขึ้นในปีถัดมา เพื่อทำหน้าที่เป็นหน่วยงานหลักในการกำกับดูแลและขับเคลื่อนการปฏิรูปกฎหมายของประเทศมาจนถึงปัจจุบัน

๒. การเกิดกฎหมายกลางเพื่อการปฏิรูปกฎหมาย

ประเทศเกาหลีใต้ได้จัดทำกฎหมายกลางเพื่อการปฏิรูปกฎหมายของประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ คือ การพัฒนาและควบคุมคุณภาพของกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ในการบริหารประเทศ ในเรื่องนี้ประเทศเกาหลีใต้จึงได้จัดทำกฎหมายกลางขึ้นมาหนึ่งฉบับ เรียกว่า Framework Act on Administrative Regulation 1997 (Framework Act 1997) โดยเป้าหมาย

* สรุปข้อมูลโดยนายอภิชัย กู้เมือง นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ และนางสาวใจใส วงศ์พิเชษฐ นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ กองพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

เริ่มแรกของพระราชบัญญัติ Framework Act 1997 คือ การเสริมสร้างบรรยากาศการลงทุน และเพิ่มความมั่นใจของนักลงทุนทั้งจากภายในและภายนอกประเทศ ผ่านการพัฒนากฎหมายให้มีความทันสมัย และแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายที่สร้างภาระต้นทุนในการปฏิบัติตามกฎหมายแก่ผู้ประกอบการมากเกินไป (Administrative burdens)^{*} โดยนอกจากจะกำหนดให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการ RRC และหน่วยงานกลาง RRO แล้ว พระราชบัญญัตินี้ยังได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องทำการทบทวนกฎหมายในความดูแลของตนเองเพื่อพิจารณาปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมายที่ล้าสมัยหรือหมดความจำเป็น และในกรณีที่หน่วยงานใดต้องการจะเสนอร่างกฎหมายใหม่ หน่วยงานนั้นจะต้องรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องก่อนจะดำเนินการวิเคราะห์เหตุผลความจำเป็นในการออกกฎหมาย และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการออกกฎหมายนั้น ทั้งนี้ กฎหมายที่หน่วยงานเสนอจะต้องไม่ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน และมีเป้าหมายเพื่อปกป้องชีวิต สิทธิมนุษยชน สิ่งแวดล้อม และสาธารณสุขของสังคม^๒

นอกจากนี้ พระราชบัญญัตินี้ยังได้กำหนดให้มีการจัดทำและเผยแพร่ฐานข้อมูลกฎหมายของประเทศ ทั้งในรูปแบบการรวบรวม (Compilation) และการจำแนกตามหมวดหมู่เนื้อหา (Codification) เพื่อให้หน่วยงานของรัฐและประชาชนทุกภาคส่วนสามารถเข้าถึงและทำความเข้าใจกฎหมายได้โดยง่าย

พระราชบัญญัติ Framework Act 1997 มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยแก้ไขมาตรา ๑๗ เพื่อรับรองสิทธิของประชาชนในการเรียกร้องต่อคณะกรรมการ RRC ให้ดำเนินการแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมาย^๓

๓. การตั้งหน่วยงานกลางเพื่อการพัฒนากฎหมาย

พระราชบัญญัติ Framework Act 1997 กำหนดให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการ Regulatory Reform Committee (RRC) และการจัดตั้งหน่วยงาน Regulatory Reform Office (RRO) ซึ่งเป็นหน่วยงานธุรการของ RRC โดยคณะกรรมการ Regulatory Reform Committee (RRC) ได้รับการแต่งตั้งขึ้นตามมาตรา ๒๓ แห่งพระราชบัญญัติ Framework Act 1997 มีภารกิจในการกำหนดทิศทางนโยบายเกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายของประเทศ และเป็นศูนย์กลางในการประสานงานเกี่ยวกับการดำเนินการตามนโยบายดังกล่าว คณะกรรมการ RRC มีอำนาจเด็ดขาดในการพิจารณาเกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายของฝ่ายบริหารทั้งหมดและรายงานโดยตรงต่อประธานาธิบดี แต่หน่วยงานธุรการ RRO จะดำเนินงานภายใต้สังกัดสำนักงานประสานนโยบายของรัฐ (Office for Government Policy Coordination) ซึ่งอยู่ในการกำกับดูแลของสำนักนายกรัฐมนตรี

^{*} สืบค้นจากเอกสารประกอบการประชุม Regulatory Policy Committee ครั้งที่ ๑๖ ในหัวข้อ Regulatory Policy Review of Korea ในวันที่ ๒๖-๒๗ เมษายน ๒๕๖๐ ณ OECD Conference Centre กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส

^๒ สืบค้นจากเอกสารประกอบการประชุม EAS Roundtable II ในหัวข้อ Regulatory Reform in Korea's Economic Transformation โดย Prof. DaeYong Choi ในวันที่ ๒๙ กันยายน ๒๕๕๘ ณ เมืองจาการ์ตา ประเทศอินโดนีเซีย <<http://www.eria.org/events/Regulatory-Reform-in-Korea-Economic-Transformation.pdf>>

^๓ สืบค้นจาก <https://ombudsman.kotra.or.kr:446/eng/rli/lgs/na.do?mode=view&blNo=2005286>

ภารกิจหลักอื่นของคณะกรรมการ RRC คือ (๑) การศึกษาทบทวนกฎหมายที่มีอยู่ ประกอบกับการรับฟังความคิดเห็นและข้อร้องเรียนจากประชาชนเกี่ยวกับกฎหมายที่ควรได้รับการปรับปรุงหรือยกเลิก (๒) จัดทำหลักเกณฑ์การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการออกกฎหมาย (๓) ตรวจสอบและประเมินคุณภาพรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการออกกฎหมาย รวมทั้งกลไกการบังคับใช้กฎหมายที่หน่วยงานจัดทำเสนอ (๔) รับจดทะเบียนกฎหมายทั้งหมดในประเทศเกาหลีใต้ ทั้งในกรณีที่มีการออกกฎหมายใหม่ มีการแก้ไขปรับปรุง หรือในกรณีที่มีการยกเลิกกฎหมาย เพื่อจัดทำและเผยแพร่ฐานข้อมูลกฎหมายของประเทศ และ (๕) ตรวจสอบประเมินผลการปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนากฎหมายโดยหน่วยงานอื่น ๆ ของรัฐในทุกระดับชั้น^๔

ในส่วนของหน่วยงาน Regulatory Reform Office (RRO) นอกเหนือจากจะทำหน้าที่เป็นฝ่ายเลขานุการให้แก่คณะกรรมการ RRC แล้ว RRO ก็ยังทำหน้าที่เป็นฝ่ายประสานงานกับหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ เพื่อให้คำแนะนำในการดำเนินการตามนโยบายพัฒนากฎหมายของคณะกรรมการ RRC และให้ความช่วยเหลือแก่หน่วยงานในการวิเคราะห์ผลกระทบจากการออกกฎหมาย รวมไปถึงจัดทำรายงานประจำปีเกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายของทุกกระทรวงบนพื้นฐานของแผนการพัฒนากฎหมายตามที่แต่ละกระทรวงได้กำหนดไว้

คณะกรรมการ RRC มีกรรมการทั้งหมด ๒๒ คน เป็นตัวแทนจากภาครัฐ ๖ คน และภาคประชาชน ๑๔ คน และมีประธานร่วมเป็นนายกรัฐมนตรีและตัวแทนจากภาคเอกชน ๑ คน หน่วยงาน RRO มีบุคลากรทั้งหมดจำนวนประมาณ ๙๐ คนจากข้อมูลในปี ๒๕๕๙^๕

๔. การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย (Regulatory Impact Analysis (RIA))

สำหรับการเสนอร่างกฎหมายในประเทศเกาหลีใต้ หน่วยงานผู้เสนอเรื่องจะต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบเบื้องต้น (Preliminary Review) เพื่อเสนอต่อคณะกรรมการ RRC พิจารณาร่างกฎหมายนั้นมีความสำคัญเพียงพอที่จะต้องจัดทำรายงานผลการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมายฉบับสมบูรณ์หรือไม่ โดยรายงานฉบับเบื้องต้นนี้จะต้องประกอบไปด้วย ร่างกฎหมาย ผลการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง เหตุผลความจำเป็นในการตรากฎหมาย และผลการวิเคราะห์ผลกระทบเบื้องต้น โดยหน่วยงานผู้เสนอเรื่องจะต้องเผยแพร่ข้อมูลทั้งหมดผ่านเว็บไซต์เมื่อดำเนินการแล้วเสร็จด้วย

คณะกรรมการ RRC จะประเมินความสำคัญของร่างกฎหมายด้วยการพิจารณาผลกระทบภายใต้หลักเกณฑ์ คือ (๑) มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศในแต่ละปีเป็นมูลค่าเกิน ๑๐ ล้านดอลลาร์สหรัฐ (๒) มีผลกระทบต่อประชาชนเกินหนึ่งล้านคน หรือ (๓) มีผลกระทบต่อความสามารถในการแข่งขันของประเทศ

หากคณะกรรมการ RRC เห็นว่า ร่างกฎหมายดังกล่าวไม่มีความจำเป็นจะต้องดำเนินการจัดทำ RIA เพิ่มเติม รายงาน Preliminary Review ที่จัดทำโดยหน่วยงานจะถือว่าเป็นขั้นสุดท้ายของกระบวนการ RIA สำหรับร่างกฎหมายนั้น ในกรณีนี้ คณะกรรมการ RRC จะต้องดำเนินการพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน ๑๐ วัน แต่หากคณะกรรมการ RRC มีมติว่า ร่างกฎหมายดังกล่าวจำเป็นต้อง

^๔ Chapter IV Regulatory Reform Committee, Framework Act on Administrative Regulations (Act No. 13329)

^๕ อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๓

จะต้องจัดทำ RIA เพิ่มเติม คณะกรรมการ RRC จะเป็นผู้ดำเนินการทบทวนและจัดทำรายงาน RIA เพิ่มเติมตามที่เห็นสมควร และจะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน ๔๕ วัน^๖

ในปัจจุบันประเทศเกาหลีใต้มีบุคลากรภาครัฐซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวกับการพัฒนากฎหมาย ในหน่วยงานส่วนกลางอยู่ทั้งสิ้นประมาณ ๔๐๐ คน และบุคลากรในหน่วยงานส่วนท้องถิ่นประมาณ ๖๑๓ คน นอกจากหน่วยงาน RRO แล้ว ในประเทศเกาหลีใต้ยังมีหน่วยงานย่อยที่ร่วมกันขับเคลื่อน การพัฒนากฎหมายของประเทศอีกหลายหน่วยงาน ตัวอย่างเช่น Regulatory Reform Task Force เป็นคณะทำงานเชี่ยวชาญเฉพาะทางซึ่งทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือแก่หน่วยงานของรัฐในการจัดทำ RIA เฉพาะในด้านที่เกี่ยวกับความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจ วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) และเทคโนโลยี และ Regulatory Reform and Legal Affair Division ซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแล การดำเนินการเกี่ยวกับนโยบายการพัฒนากฎหมาย และให้ความช่วยเหลือเกี่ยวกับการจัดทำ RIA และการทบทวนกฎหมายที่อยู่ในความดูแลของแต่ละหน่วยงานโดยเฉพาะ^๗ นอกจากนี้ ในปี ๒๕๕๗ ประเทศเกาหลีใต้ได้ริเริ่มระบบ Sinmungo เพื่อเป็นช่องทางให้ประชาชนสามารถยื่นคำร้องให้ หน่วยงานหรือคณะกรรมการ RRC ดำเนินการแก้ไขกฎหมายที่ไม่เหมาะสมหรือหมดความจำเป็น โดยหนึ่งปีหลังจากการใช้ระบบนี้ คณะกรรมการ RRC ได้รับคำร้องประมาณ ๖,๕๐๐ ฉบับ และหน่วยงานได้ดำเนินการทบทวนแก้ไขกฎหมายตามข้อเสนอแนะของประชาชนเป็นจำนวนเพิ่มขึ้น ถึงร้อยละ ๓๖.๖^๘ อนึ่ง ผลสำรวจจาก OECD ในปี ๒๕๕๘ พบว่า การวิเคราะห์ผลกระทบจาก การออกกฎหมาย การทบทวนกฎหมาย และการมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้เสียในประเทศเกาหลีใต้ ล้วนมีคุณภาพอยู่ในระดับที่สูงกว่าค่าเฉลี่ยของประเทศสมาชิก^๙ การออกแบบโครงสร้างองค์กร และกระบวนการพัฒนากฎหมายของประเทศเกาหลีใต้จึงนับว่าเป็นตัวอย่างที่ดีอีกตัวอย่างหนึ่งสำหรับ การพัฒนาคุณภาพของกฎหมายในประเทศไทย

^๖ สืบค้นจาก <https://better.go.kr/fzeng.page>AboutRRC.laf>

^๗ อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๓

^๘ สืบค้นจาก OECD Regulatory Policy Outlook 2015 Country Profile: Korea

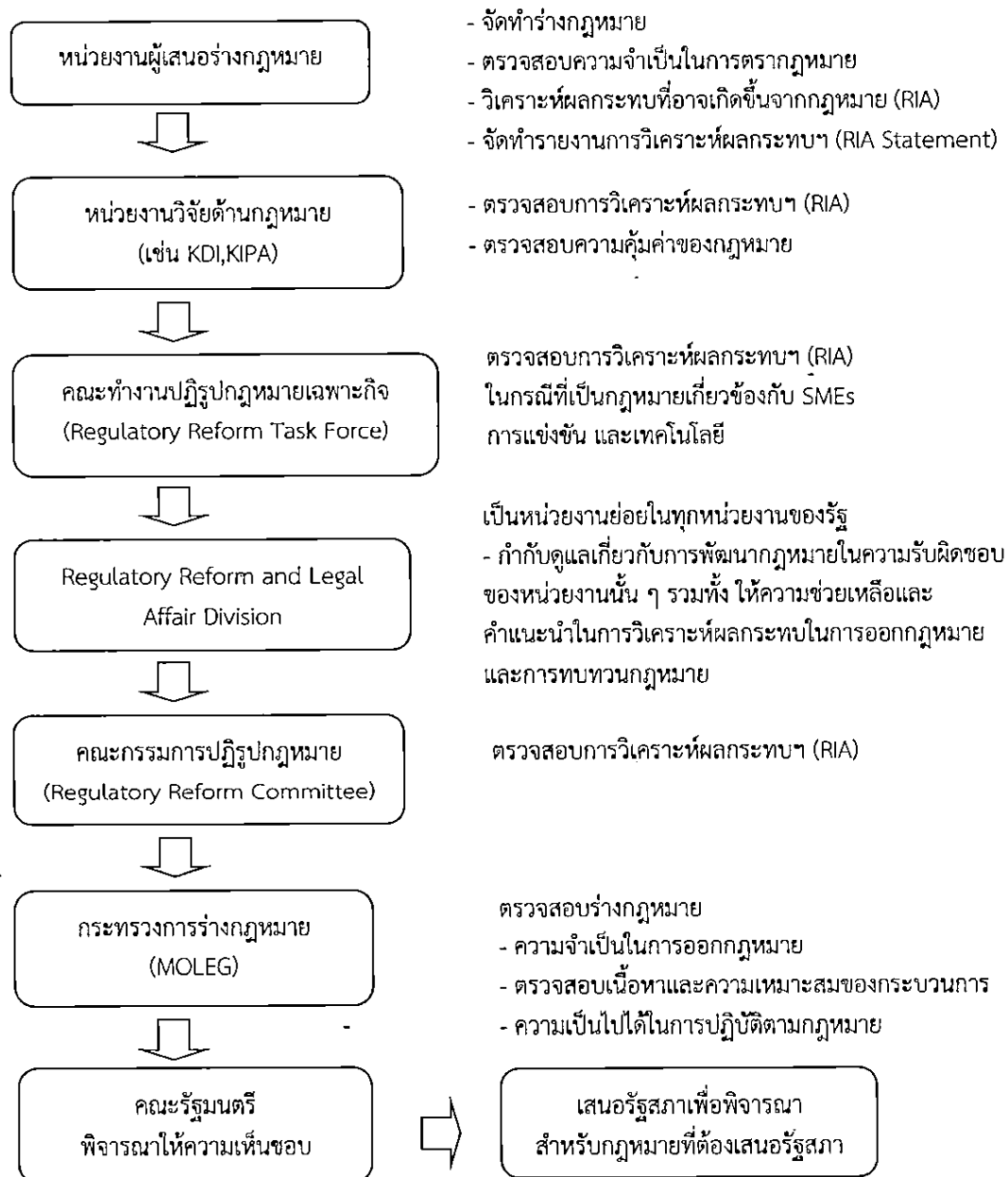
^๙ อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๐

บทที่ ๒

กระบวนการร่างกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้*

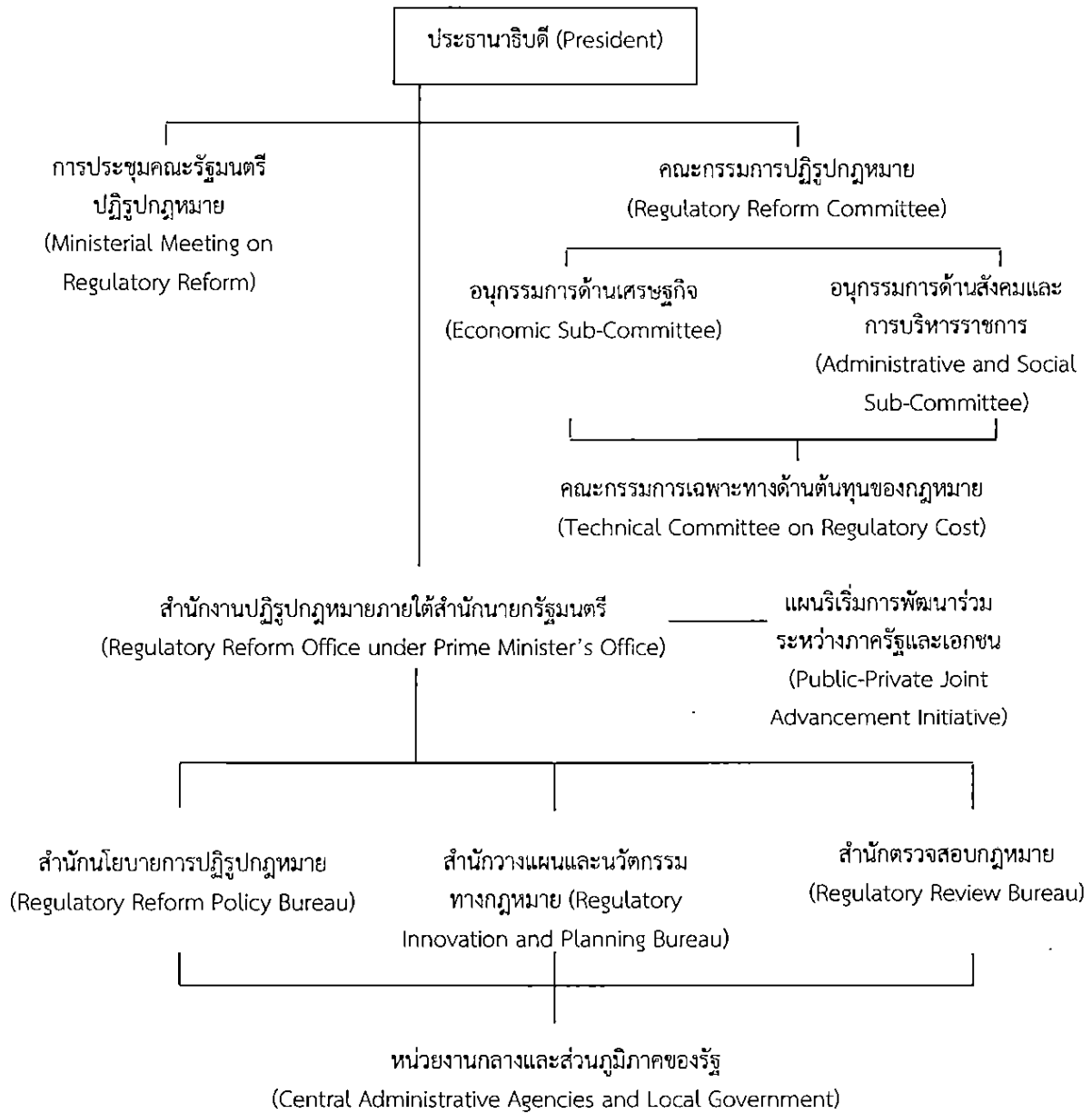
๑. กระบวนการร่างกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้

โดยที่หลักการสำคัญของกระบวนการออกกฎหมายที่เสนอโดยฝ่ายบริหารของประเทศเกาหลีใต้ จะถูกกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ Framework Act on Administrative Regulation 1997 ซึ่งหลักการสำคัญ คือ กระบวนการออกกฎหมาย กฎ และระเบียบต่าง ๆ จะต้องตรงตามวัตถุประสงค์ โปร่งใส และตรวจสอบได้ ดังนั้น กระบวนการร่างกฎหมายจึงกำหนดให้มีหน่วยงานที่ทำหน้าที่กลั่นกรองกฎหมายหลายขั้นตอน เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบและคานอำนาจ ดังแผนภาพต่อไปนี้



* สรุปข้อมูลโดยนางสาวปัทมา วรรณิษฐ์ นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ กองพัฒนากฎหมาย
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

โครงสร้างองค์กรและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง



ภาพรวมของกฎหมายในปัจจุบันของประเทศเกาหลีใต้*

โดยที่ระบบกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้หรือสาธารณรัฐเกาหลีมีลักษณะโครงสร้างที่ใกล้เคียงกับประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร ดังนั้น การศึกษาและวิเคราะห์ถึงกระบวนการร่างกฎหมาย รวมทั้งสภาพปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหาของประเทศเกาหลีใต้ในเรื่องต่าง ๆ จึงถือได้ว่ามีความสำคัญอย่างยิ่ง ทั้งนี้ ในส่วนของภาพรวมของกฎหมายในปัจจุบันของประเทศเกาหลีใต้มีรายละเอียดโดยสังเขป ดังต่อไปนี้

๑. กฎหมายและกฎระเบียบ (Laws and Regulations)

๑.๑ สถานะของกฎหมายและกฎระเบียบในปัจจุบัน (Current Law Status)

ในปัจจุบันประเทศเกาหลีใต้มีรัฐธรรมนูญ จำนวน ๑ ฉบับ พระราชบัญญัติจำนวน ๑,๔๑๐ ฉบับ รัฐกฤษฎีกา จำนวน ๑,๖๕๑ ฉบับ กฎกระทรวงของสำนักนายกรัฐมนตรี จำนวน ๘๕ ฉบับ และกฎกระทรวงของกระทรวงอื่น ๆ จำนวน ๑,๑๙๑ ฉบับ โดยรวมแล้วประเทศเกาหลีใต้มีกฎหมายและกฎระเบียบทั้งสิ้น จำนวน ๔,๓๓๘ ฉบับ ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับข้อมูลของปีที่ผ่านมา พบว่ามีกฎระเบียบเพิ่มขึ้น ๘๑ ฉบับ

๑.๒ รัฐธรรมนูญและกฎระเบียบ (Constitution and Regulations)

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีบัญญัติไว้ในมาตรา ๓๗ ดังนี้

วรรคหนึ่ง เสรีภาพและสิทธิของพลเมืองจะไม่ถูกละเลยโดยอ้างว่าเสรีภาพและสิทธิดังกล่าวไม่ได้ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญไม่ได้

วรรคสอง เสรีภาพและสิทธิของพลเมืองอาจถูกจำกัดได้โดยพระราชบัญญัติเท่านั้น โดยการจำกัดดังกล่าวต้องเป็นไปเพื่อความปลอดภัยของประเทศ เพื่อรักษากฎหมายและความเรียบร้อยหรือเพื่อสวัสดิภาพทางสังคม การบังคับใช้ข้อจำกัดดังกล่าวต้องไม่กระทบต่อสาระสำคัญของเสรีภาพหรือสิทธิ

นอกจากนี้ ในมาตรา ๑๑๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาฬียังกำหนดไว้อีกว่า กฎระเบียบด้านเศรษฐกิจของสาธารณรัฐเกาหลีจะต้องอยู่บนพื้นฐานของการเคารพต่อเสรีภาพและการริเริ่มสร้างสรรค์ทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการและปัจเจกชน โดยรัฐจะควบคุมด้านเศรษฐกิจได้เฉพาะวัตถุประสงค์ในการรักษาสมดุลของการเติบโตและความมั่นคงทางเศรษฐกิจของชาติ ในการประกันการกระจายรายได้ที่เหมาะสม ในการป้องกันการครอบงำตลาดและการใช้อำนาจทางเศรษฐกิจโดยมิชอบ และในการสร้างประชาธิปไตยทางเศรษฐกิจผ่านความสามัคคีกันระหว่างตัวแทนทางเศรษฐกิจ

๑.๓ แนวคิดเกี่ยวกับกฎระเบียบ (Concept of Regulations)

ประเทศเกาหลีใต้มีกฎหมายกลางเกี่ยวกับการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารที่เรียกว่า Framework Act on Administrative Regulations ซึ่งกำหนดให้ผู้มีอำนาจออกกฎ คือ รัฐหรือรัฐบาลท้องถิ่น หรือบุคคลซึ่งได้รับมอบอำนาจในการบริหาร ส่วนผู้อยู่ใต้บังคับของกฎ คือ บุคคลธรรมดาซึ่งอาจเป็นพลเมืองหรือชาวต่างชาติ โดยกฎระเบียบอาจอยู่ในรูปแบบของประกาศ กฎกระทรวง รัฐกฤษฎีกา และพระราชบัญญัติ

* สรุปข้อมูลโดยนางสาวคณินจิ แซ่เฮง นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ ฝ่ายพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง กองกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

โดยมาตรา ๔ ของ Framework Act on Administrative Regulations กำหนดว่า กฎระเบียบข้อบังคับจะต้องอยู่บนหลักการพื้นฐานของพระราชบัญญัติและเนื้อหาจะต้องชัดเจน และไม่กำกวม (วรรคหนึ่ง) และกฎระเบียบข้อบังคับจะต้องจัดให้มีขึ้นโดยพระราชบัญญัติ และรายละเอียดของกฎระเบียบข้อบังคับต้องกำหนดโดยรัฐกฤษฎีกา กฎกระทรวง เทศบัญญัติ และกฎของเทศบาล ตามที่ได้รับมอบอำนาจพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าและกฎเกณฑ์ในลำดับรองลงมา (วรรคสอง) ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจจำกัดสิทธิของพลเมืองหรือกำหนดหน้าที่ต่อประชาชนโดยกฎระเบียบข้อบังคับที่ไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของพระราชบัญญัติ (วรรคสาม)

๑.๔ ประเภทของกฎข้อบังคับ (Types of Regulatory Affairs) แบ่งออกเป็น ๓ ประเภท ดังนี้

ประเภทที่หนึ่ง กฎระเบียบในทางบริหารในการรับคำขอของประชาชน ซึ่งหากประชาชนดำเนินการครบตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดจะได้รับใบอนุญาต ได้รับอนุมัติ หรือได้รับการรับรอง เป็นต้น

ประเภทที่สอง กฎระเบียบที่ควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่รัฐ เพื่อประกันการดำเนินงานของรัฐ เช่น แนวทาง (Guidance) ข้อห้าม (Interdiction)

ประเภทที่สาม เกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่บางประการ เช่น การกำหนดมาตรฐานสำหรับการดำเนินการเฉพาะเรื่อง

๑.๕ จำนวนใบอนุญาตในราชการส่วนกลาง แยกเป็นรายการกระทรวงได้ดังนี้

กระทรวง	จำนวนใบอนุญาต
กระทรวงที่ดิน โครงสร้างพื้นฐานและการขนส่ง	๗๒
กระทรวงการค้าอุตสาหกรรมและพลังงาน	๓๘
คณะกรรมการบริหารทางการเงิน	๓๒
กระทรวงมหาดสมุทรและการประมง	๓๓
กระทรวงสิ่งแวดล้อม	๒๘
สำนักงานนโยบายแห่งชาติ	๑๙
กระทรวงกลยุทธ์และการเงิน	๑๘
กระทรวงวัฒนธรรม กีฬา และการท่องเที่ยว	๑๘
กระทรวงความปลอดภัยเกี่ยวกับอาหารและยา	๑๘

๑.๖ จำนวนใบอนุญาตในราชการส่วนท้องถิ่น

ราชการส่วนท้องถิ่นในประเทศเกาหลีใต้มีจำนวน ๒๔๓ แห่ง มีใบอนุญาตทั้งหมด ๓๘,๗๖๖ ฉบับ คิดค่าเฉลี่ยใบอนุญาตต่อท้องถิ่น ๑ แห่ง คือ ประมาณ ๑๖๐ ฉบับ

๒. การปรับปรุงกฎหมายโดยกฎกระทรวงการร่างกฎหมาย (Law Improvement by Ministry of Legislation Government : MOLEG)

การปรับปรุงกฎหมายโดยกฎกระทรวงการร่างกฎหมาย (MOLEG) เป็นการปรับปรุงกฎหมายภายหลังการประกาศใช้บังคับ โดยจะพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง

ไม่สมเหตุผล ไม่ชัดเจน หรือไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าหรือไม่ การปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการลดความไม่สะดวกสบายของประชาชนและก่อตั้งระบบกฎหมายที่ถูกต้องเป็นธรรม และทำให้เกิดหลักสังคมแห่งความไว้วางใจ (Trust society)

ทั้งนี้ มาตรา ๒๔ ของ Regulation of Legal Affairs Operation กำหนดให้ MOLEG ทบทวนและแก้ไขกฎหมาย หากกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีลักษณะดังต่อไปนี้

- (๑) เมื่อมีความจำเป็นต้องปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับความเป็นจริง
 - (๒) เมื่อกฎหมายก่อให้เกิดภาระแก่ประชาชนหรือผู้ประกอบการมากเกินไปจนความจำเป็น
 - (๓) เมื่อมีความจำเป็นต้องทบทวนกฎหมายเพื่อให้บรรลุนโยบายของรัฐที่สำคัญ
 - (๔) เมื่อมีความจำเป็นต้องปรับปรุงกฎหมายเพื่อให้ประชาชนเข้าใจกฎหมายได้ง่ายขึ้น
 - (๕) เมื่อมีความจำเป็นต้องทบทวนและรักษากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน
- ทั้งนี้ ในช่วง ๕ ปี ที่ผ่านมา MOLEG ได้ทบทวนกฎหมายต่าง ๆ ดังนี้

(๑) กฎหมายที่ก่อให้เกิดความไม่สะดวกสบายและภาระต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนและการประกอบธุรกิจ

- (๒) กฎหมายที่สร้างขั้นตอนการบริหารงานที่มากเกินไปและไม่สมเหตุผล
- (๓) กฎหมายที่ไม่เหมาะสมและล้าสมัยสำหรับยุคแห่งข้อมูลข่าวสาร
- (๔) กฎหมายที่เป็นนามธรรมซึ่งอาจทำให้เกิดการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ
- (๕) กฎหมายที่ไม่มีประสิทธิภาพเนื่องจากไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงหรือไม่

เป็นไปตามมาตรฐานสากล

๓. ตัวอย่างการปรับปรุงกฎหมายในประเทศเกาหลีใต้ เช่น

- แก้ไขกฎหมายเพื่อให้รถบรรทุกขนาดเล็กประกอบธุรกิจขายอาหารได้
- บังคับใช้กฎหมายเพื่อควบคุมการใช้โดรน
- ลดขั้นตอนในการดำเนินการเกี่ยวกับสิ่งพิมพ์
- บังคับใช้กฎหมายเพื่อเสริมสร้างคุณสมบัติของผู้นำที่เป็นเยาวชน
- ยกเลิกระบบการลงทะเบียนธุรกิจในธุรกิจด้านงานนิทรรศการ
- กำหนดมาตรฐานเฉพาะสำหรับอุปกรณ์ในสกีรีสอร์ท
- ปรับปรุงเงื่อนไขและสถานการณ์ทำงานของแพทย์ประจำบ้าน
- ยกเลิกข้อจำกัดเรื่องระยะทางในการใช้อุปกรณ์การทำเบเกอร์รี่ร่วมกัน
- อนุญาตให้เก็บเครื่องจักรทางการเกษตรในคลังเก็บสินค้าเกษตร
- อนุญาตให้ติดตั้งเครื่องมือทางการแพทย์ในสถานที่อื่นนอกเหนือจากโรงพยาบาล

เช่น ในเขตพื้นที่ทุรกันดารที่ไม่มีโรงพยาบาล

- ควบคุมธุรกิจเกี่ยวกับการทำเล็บเพื่อให้สอดคล้องกับหลักสุขอนามัย เป็นต้น

บทที่ ๔

คณะกรรมการและหน่วยงานที่สำคัญ เกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้*

การปฏิรูปกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้หรืออีกนัยหนึ่งเป็นการพัฒนาคุณภาพของกฎหมายเพื่อรองรับการบริหารภารกิจของรัฐให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ นั้น ในการดำเนินการเรื่องดังกล่าวนี้ ประเทศเกาหลีใต้ได้จัดตั้งคณะกรรมการและหน่วยงานของรัฐเพื่อกำหนดภารกิจหน้าที่ในการปฏิบัติงานเพื่อการดำเนินการปฏิรูปกฎหมาย ซึ่งมีรายละเอียดโดยสังเขป ดังต่อไปนี้

๑. คณะกรรมการและหน่วยงานที่สำคัญ

๑.๑ คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (Regulatory Reform Committee (RRC))

คณะกรรมการดังกล่าวนี้จัดตั้งขึ้นตาม Article 23 แห่ง Framework Act on Administrative Regulation 1997 โดยมีวัตถุประสงค์ในการวางแผนและกำหนดทิศทางนโยบายเกี่ยวกับการพัฒนาและปฏิรูปกฎหมายในประเทศ ซึ่งมีหน้าที่ในการปรับปรุงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ และตรวจสอบความจำเป็นและการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายใหม่ที่เสนอโดยหน่วยงานของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่ไม่มีความจำเป็น ลำสมัย หรือกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกัน และเพื่อจัดทำหลักเกณฑ์และตรวจสอบการดำเนินการวิเคราะห์ความจำเป็นและผลกระทบในการออกกฎหมายที่จะตราขึ้นใหม่ โดยคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (RRC) มีอำนาจเด็ดขาด (สูงสุด) ในการพิจารณาเกี่ยวกับการพัฒนาและการเสนอกฎหมายในฝ่ายบริหาร (Administrative Regulations) ขึ้นตรงต่อประธานาธิบดี แต่สำนักงานปฏิรูปกฎหมาย (Regulatory Reform Office - RRO) ซึ่งเป็นหน่วยงานธุรการของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายนั้นจะอยู่ในสังกัดของสำนักนายกรัฐมนตรี สำหรับองค์ประกอบของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายมาจากบุคลากรทั้งภาครัฐและภาคเอกชน โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นประธานร่วมกับตัวแทนจากภาคเอกชน ปัจจุบันมีกรรมการ ๒๒ คน (ภาครัฐ ๖ คน ภาคเอกชน ๑๔ คน ประธานร่วมจากภาคเอกชน ๑ คน และนายกรัฐมนตรี) นอกจากนี้ มีการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการ ๒ คณะ คือ คณะอนุกรรมการด้านเศรษฐกิจ และคณะอนุกรรมการด้านสังคม และการบริหารราชการแผ่นดิน ทำหน้าที่พิจารณากฎหมายเฉพาะด้านที่เกี่ยวข้อง

๑.๒ สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (Regulatory Reform Office (RRO))

สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย Regulatory Reform Office (RRO) เป็นหน่วยงานธุรการของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (RRC) ซึ่งอยู่ภายใต้สำนักงานนโยบายของรัฐ (Office for Government Policy Coordination) ในสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี (ข้อมูลในปี พ.ศ. ๒๕๕๙ มีบุคลากรจำนวนประมาณ ๙๐ คน) โดยสำนักงานฯ ทำหน้าที่เป็นฝ่ายเลขานุการให้แก่คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (RRC) และเป็นฝ่ายประสานงานกับหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้คำแนะนำในการดำเนินการตามนโยบายพัฒนากฎหมายและให้ความช่วยเหลือในการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย รวมไปถึงจัดทำรายงานประจำปีเกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายของทุกกระทรวงตามแผนการพัฒนากฎหมายที่แต่ละกระทรวงได้จัดทำขึ้นตามกรอบนโยบายของรัฐบาล

*สรุปข้อมูลโดยนางสาวกมลกานต์ ศรสุวรรณ นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายวิเคราะห์การร่างกฎหมาย กองหลักนิติบัญญัติ นางสาวปัทมา เวรินทร์ นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ กองพัฒนากฎหมาย และนางสาวใจใส วงศ์พิเชษฐ นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ กองพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

๑.๓ หน่วยงานวิจัยด้านกฎหมาย

หน่วยงานในลักษณะนี้เป็นหน่วยงานวิจัยที่รัฐบาลจัดตั้งขึ้นเพื่อศึกษาวิจัยทางวิชาการอันจะเป็นการสนับสนุนการปฏิรูปกฎหมาย เช่น การปรับปรุงคุณภาพการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมาย ความคุ้มค่า และความจำเป็นในการมีกฎหมาย ซึ่งมีหน่วยงานวิจัยที่สำคัญ ได้แก่ สถาบันวิจัยกฎหมายแห่งชาติ Korea Legislation Research Institute (KLRI) สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาแห่งสาธารณรัฐเกาหลี Korea Development Institute (KDI) สถาบันรัฐประศาสนศาสตร์แห่งสาธารณรัฐเกาหลี Korea Institute of Public Administration (KIPA) เป็นต้น

๑.๔ The Regulatory Reform Task Force

หน่วยงานในลักษณะนี้เป็นหน่วยงานเชี่ยวชาญเฉพาะทางที่จัดตั้งขึ้นในสังกัดหน่วยงาน Fair Trade Commission เพื่อให้ความช่วยเหลือแก่หน่วยงานของรัฐในการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมายในด้านที่เกี่ยวกับความสามารถทางการแข่งขันทางเศรษฐกิจ วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) และเทคโนโลยี โดยเฉพาะ

๑.๕ Regulatory Reform and Legal Affair Division

จัดเป็นหน่วยงานย่อยที่อยู่ในทุกหน่วยงานของรัฐซึ่งทำหน้าที่ในการกำกับดูแลการดำเนินการเกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายในความรับผิดชอบของหน่วยงานนั้น ๆ รวมไปถึงการให้ความช่วยเหลือและคำแนะนำในการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมายและการทบทวนกฎหมายที่อยู่ในความดูแลของหน่วยงานนั้นด้วย

๒. บทบาทในการปฏิรูปกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (Regulatory Reform Office (RRO))

สำนักงาน RRO เป็นหน่วยงานกลางในการขับเคลื่อนการปฏิรูปกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี สำนักงาน RRO ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อรับมือกับวิกฤตการณ์การเงินในเอเชีย พ.ศ. ๒๕๔๐ และมีหน้าที่เป็นสำนักงานเลขานุการของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (Regulatory Reform Committee) เพื่อสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการฯ เกี่ยวกับการกำหนดทิศทางการปฏิรูปกฎหมายของประเทศ การตรวจสอบและประเมินผลกระทบของกฎหมายที่มีอยู่เดิมและกฎหมายที่จะถูกตราขึ้นใหม่ รวมทั้งรวบรวมและจัดทำฐานข้อมูลกฎหมาย ในปัจจุบันสำนักงาน RRO ยังคงเป็นหน่วยงานกลางใน การผลักดันการพัฒนาคุณภาพของกฎหมายในสาธารณรัฐเกาหลีให้เป็นไปอย่างต่อเนื่อง โดยนอกจากการทำหน้าที่เป็นหน่วยงานกลางในการกำกับดูแลการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย การรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง และการมีส่วนร่วมของประชาชนในการปรับปรุงและจัดทำกฎหมายแล้ว สำนักงาน RRO ยังเป็นหน่วยงานกลางในการประสานกับหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ เพื่อควบคุมทิศทางและคุณภาพของการปรับปรุงและจัดทำกฎหมาย รวมถึงการลงพื้นที่ตรวจสอบวิธีการทำงานในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนากฎหมายในระดับท้องถิ่น รวมทั้งการกำหนดทิศทางการพัฒนากฎหมายต่อไปในอนาคต นอกจากนี้ สำนักงาน RRO ยังมีหน้าที่ในการรวบรวมและจัดทำฐานข้อมูลกฎหมายแห่งชาติ ทั้งในภาษาเกาหลี ภาษาอังกฤษ และภาษาจีน

๒.๑. ปัจจัยของความสำเร็จในการปฏิรูปกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้

องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ หรือ OECD จัดการประเมินผลการปฏิรูปกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๕๑ และพบว่าประเทศเกาหลีใต้ไม่นับได้ว่าเป็นประเทศที่ ๓ ของโลกที่สามารถทำการปฏิรูปกฎหมายของตนเองได้สำเร็จ รองจากประเทศ

อังกฤษและประเทศแคนาดา ทั้งนี้ แรงผลักดันสำคัญที่ทำให้การปฏิรูปกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้ประสบความสำเร็จได้นั้น มี ๓ ประการ ดังนี้

(๑) แรงกดดันอย่างหนักจากภาคเศรษฐกิจ ประชาชน และภาคเอกชน ให้เกิดการเปลี่ยนแปลงประเทศ เพื่อรับมือกับผลพวงทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นจากวิกฤตการณ์การเงินในเอเชีย พ.ศ. ๒๕๔๐ และอีกครั้งในปี พ.ศ. ๒๕๕๑ เมื่อเกิดวิกฤตสินเชื่อซับไพรม์ หรือ วิกฤติแฮมเบอร์เกอร์

(๒) การออกแบบระบบและกระบวนการทำงานเพื่อการดำเนินการเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ การตราพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการปรับปรุงและการจัดทำกฎหมาย การวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย การรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง และการมีส่วนร่วมของประชาชน พร้อมทั้งจัดตั้งให้มีคณะกรรมการและหน่วยงานกลางในการขับเคลื่อนการปฏิรูปกฎหมาย โดยคณะกรรมการดังกล่าวประกอบไปด้วยตัวแทนจากทั้งภาครัฐและเอกชน และมีนายกรัฐมนตรีเป็นประธานร่วมกับตัวแทนจากฝ่ายเอกชน ทำให้คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายมีอำนาจชี้ขาดในเชิงนโยบายของประเทศเพื่อกำหนดทิศทางในการปฏิรูปกฎหมาย และเป็นศูนย์กลางในการเชื่อมโยงการทำงานของหน่วยงานของรัฐที่ต้องการปรับปรุงหรือเสนอกฎหมายใหม่

(๓) การได้รับการสนับสนุนจากหน่วยงานของรัฐทุกส่วน และความร่วมมือร่วมใจจากภาคเอกชนและประชาชนนับเป็นหัวใจสำคัญของความสำเร็จในการปฏิรูปกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี เนื่องจากการปฏิรูปกฎหมายจะทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางโครงสร้างของสังคมและเศรษฐกิจในหลาย ๆ ด้าน ดังนั้น หากภาครัฐขาดแรงสนับสนุนจากส่วนใดส่วนหนึ่ง หรือหน่วยงานภาครัฐหรือเอกชนไม่พร้อมจะให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่ สาธารณรัฐเกาหลีก็จะไม่สามารถทำให้การปฏิรูปกฎหมายเกิดผลอย่างเป็นรูปธรรมได้

๒.๒ ปัญหาและอุปสรรคในการปฏิรูปกฎหมายและวิธีการแก้ไข

คณะผู้แทนสำนักงาน RRO ตั้งข้อสังเกตว่า อุปสรรคสำคัญอย่างหนึ่งที่ยังคงเป็นปัญหาตั้งแต่ระยะเริ่มแรกของการปฏิรูปกฎหมายมาจนถึงปัจจุบัน คือ การเสริมสร้างการรับรู้และการมีส่วนร่วมของประชาชนในการปรับปรุงและจัดทำกฎหมาย กล่าวคือ กระบวนการทำงานของภาครัฐที่ขาดความโปร่งใส หรือขาดการสื่อสารกับความต้องการของสังคมและประชาชนอย่างต่อเนื่อง นอกจากจะทำให้กฎหมายที่ได้จัดทำขึ้นไม่มีคุณภาพและไม่ตรงกับบริบทของสังคมแล้ว ยังส่งผลให้ความเชื่อมั่นของประชาชนในรัฐบาลลดถอยลงอีกด้วย ดังนั้น เพื่อให้การปฏิรูปกฎหมายและการพัฒนากฎหมายของประเทศดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ หน้าที่ที่สำคัญที่สุดของภาครัฐ คือการสื่อสารกับประชาชนอย่างต่อเนื่องในระหว่างกระบวนการปรับปรุงและจัดทำกฎหมาย เพื่อเสริมสร้างการรับรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับนโยบายของรัฐให้แก่ประชาชน เพื่อกระตุ้นการมีส่วนร่วมของภาคเอกชนและประชาชนในการพัฒนาคุณภาพของกฎหมายของประเทศ

๒.๓ การวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย

การวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย (Regulatory Impact Assessment หรือ RIA) เมื่อเปรียบเทียบกับ การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย (Ex-post Evaluation) นั้น จะเห็นได้ว่าการจัดทำ RIA เป็นงานหลักสำหรับสำนักงาน RRO ในการพัฒนาคุณภาพกฎหมาย เนื่องจากเป็นกระบวนการกรองกฎหมายที่จัดทำขึ้นใหม่ให้มีความเหมาะสมและมีความจำเป็นในส่วนของการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายนั้นจะเป็นการดำเนินการเพื่อปรับปรุงคุณภาพกฎหมายที่มีอยู่

ให้ทันสมัยอยู่เสมอ ดังนั้น หากรัฐบาลสามารถกลั่นกรองกฎหมายที่จะเกิดขึ้นใหม่ได้อย่างมีประสิทธิภาพแล้ว ภาระงานที่จะเกิดขึ้นในภายหลังเมื่อมีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายก็จะลดน้อยลง อย่างไรก็ตาม ในบริบทของประเทศไทยในปัจจุบันนั้นแตกต่างกับสาธารณรัฐเกาหลีค่อนข้างมาก โดยประเทศไทยยังอยู่ในระยะเริ่มแรกของการปฏิรูปกฎหมาย การดำเนินการในส่วนของการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายเพื่อปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่จึงควรเป็นงานหลักของรัฐบาลไทยควบคู่ไปกับการออกแบบกระบวนการในการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมายสำหรับวิธีการในการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายและสูตรในการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลีนั้น ในระยะแรกรัฐบาลและสำนักงาน RRO ได้ดำเนินการตามข้อเสนอแนะของ OECD เป็นส่วนใหญ่ แต่หลังจากได้มีประสบการณ์และพบเจออุปสรรคในการดำเนินงานตามวิธีดังกล่าวแล้ว สำนักงาน RRO ร่วมกับสถาบันวิจัยแห่งชาติ KDI และ KIPA จึงได้พัฒนาต่อยอดจากข้อเสนอแนะของ OECD อย่างต่อเนื่องมาจนในปัจจุบัน สาธารณรัฐเกาหลีจึงได้คิดค้นกระบวนการและวิธีการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายเป็นของตนเอง ภายใต้แนวคิดของการทำงานเพื่อมุ่งไปสู่การพัฒนาอย่างเป็นระบบ ทัวถึง และมีประสิทธิภาพให้เหมาะสมกับวิธีการทำงานของหน่วยงานของรัฐและบริบททางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศมากที่สุด

เมื่อมีการจัดทำกฎหมายหรือวางแผนนโยบาย คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายและสำนักงาน RRO ให้ความสำคัญเป็นอย่างมากกับการมีส่วนร่วมของทุกภาคส่วนในประเทศ ทั้งภาคเอกชน ประชาชน และหน่วยงานของรัฐ คณะผู้แทนฯ ในการประชุมครั้งนี้จึงมีข้อเสนอแนะว่า ปัจจัยสำคัญที่จะทำให้การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทยดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ และประสบความสำเร็จอย่างยั่งยืนได้นั้น คือ ความโปร่งใสในการดำเนินงานของภาครัฐ และการกระตุ้นการมีส่วนร่วมจากทุกภาคส่วนของประเทศ โดยรัฐบาลควรจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็น การแลกเปลี่ยนความรู้ และเสริมสร้างความเข้าใจร่วมกับผู้มีส่วนได้เสียอย่างทั่วถึงและต่อเนื่อง เพื่อเสริมสร้างความร่วมมือร่วมใจจากทั้งภาครัฐและภาคเอกชนในการมุ่งพัฒนาคุณภาพกฎหมายของประเทศต่อไป

๓. บทบาทในการปฏิรูปกฎหมายของสถาบันวิจัยกฎหมายแห่งประเทศไทยเกาหลีใต้ (Korea Legislation Research Institute (KLRI))

สถาบันวิจัยกฎหมายแห่ง (KLRI) เป็นสถาบันวิจัยนโยบายระดับชาติของรัฐบาลที่จัดตั้งขึ้นเมื่อเดือนกรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๙๐ โดยมีวัตถุประสงค์ในการที่จะรวบรวมและจัดการข้อมูลด้านกฎหมายอย่างเป็นระบบและดำเนินการวิจัยทางวิชาชีพด้านกฎหมาย รวมทั้งให้คำแนะนำและให้ความช่วยเหลือในการกำหนดนโยบายระดับชาติ นโยบายด้านกฎหมายและยกระดับการให้บริการทางกฎหมาย KLRI ได้จัดทำข้อเสนอแนะด้านกฎหมายที่มีประสิทธิภาพสำหรับประเด็นนโยบายที่ร่วมสมัย โดยอาศัยผลงานวิจัยที่มีคุณภาพสูง มีการรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับระบบการออกกฎหมายของต่างประเทศ และจัดคำแปลภาษาอังกฤษของกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบันของประเทศไทย นอกจากนั้น KLRI ยังมุ่งเน้นความก้าวหน้าและโลกาภิวัตน์ของระบบการออกกฎหมายของเกาหลี นอกจากนี้ KLRI มุ่งมั่นที่จะผลักดันการพัฒนานโยบายด้านกฎหมาย และเป็นส่วนหนึ่งในการกำหนดกลยุทธ์ในระดับสากลของเกาหลี นอกจากนั้น KLRI ยังได้สนับสนุนการประกอบธุรกิจของเกาหลีให้ขยายไปทั่วโลกด้วยการวิเคราะห์ระบบการออกกฎหมายของประเทศอื่น ๆ ได้อย่างรวดเร็วทันต่อเวลา ทั้งนี้ภารกิจที่สำคัญของ KLRI นั้น จะมีรายละเอียดโดยสรุป ดังนี้

(๑) ศึกษาวิจัยกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายภายในของประเทศเกาหลี รวมทั้งนโยบายเกี่ยวกับการออกกฎหมาย

(๒) รวบรวม จัดการ และเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับการร่างกฎหมายทั้งในประเทศและต่างประเทศอย่างเป็นระบบผ่านเว็บไซต์

(๓) ดีพิมพ์เผยแพร่และจัดหาเอกสารเกี่ยวกับเจตนารมณ์ในการร่างกฎหมาย รวมทั้งความเป็นมาของกฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับ

(๔) ศึกษาวิจัยเกี่ยวกับทักษะในการออกกฎหมาย การจัดทำประมวลกฎหมายของประเทศเกาหลีได้ก่อนที่จะเข้าสู่ระบบกฎหมายในปัจจุบัน รวมทั้งศึกษาความเป็นมาของกระบวนการออกกฎหมายของแต่ละประเทศ

(๕) ศึกษาวิจัยทางกฎหมายร่วมกับสถาบันทั้งในประเทศหรือต่างประเทศเกี่ยวกับระบบกฎหมาย และนโยบายในการออกกฎหมาย รวมทั้งเชิญผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายทั้งในประเทศหรือต่างประเทศมาเพื่อการวิจัย

(๖) มอบหมายให้สถาบันวิจัยอื่นภายในประเทศหรือสถาบันวิจัยเฉพาะด้านเป็นผู้ดำเนินการโครงการศึกษาวิจัย ไม่ว่าจะเป็นโครงการศึกษาวิจัยของรัฐบาลหรือองค์กรเอกชน

(๗) ดำเนินโครงการอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของ KLRI

๔. บทบาทในการปฏิรูปกฎหมายของสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยได้ (The Federation Of Korea Industries (FKI))

สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยได้ก่อตั้งขึ้นในปี พ.ศ. ๒๕๐๔ โดยเกิดขึ้นจากการรวมตัวของธุรกิจใอุตสาหกรรมต่าง ๆ เพื่อเรียกร้องให้ภาครัฐมีการวางแผนและจัดทำนโยบายฟื้นฟูพัฒนาเศรษฐกิจและภาคอุตสาหกรรมในขณะที่ประเทศกำลังเผชิญภาวะเศรษฐกิจตกต่ำภายหลังสงครามเกาหลีสิ้นสุดลง โดยสภาอุตสาหกรรมฯ ได้เข้ามามีส่วนร่วมเป็นผู้ผลักดันให้เกิดนโยบายส่งเสริมอุตสาหกรรมส่งออกของสาธารณเกาหลีในช่วงปี ค.ศ. 1980 ซึ่งได้กลายมาเป็นนโยบายสำคัญที่ช่วยฟื้นฟูและพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ และเป็นจุดกำเนิดของบริษัทยักษ์ใหญ่ เช่น Samsung และ Hyundai ในปัจจุบัน ในตลอดระยะเวลา ๖๐ ปีหลังจากการก่อตั้งนั้น สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการเป็นกระบอกเสียงให้แก่ภาคธุรกิจและอุตสาหกรรมของประเทศ โดยการเข้ามามีส่วนร่วมให้คำแนะนำและเสนอแนะนโยบายทางด้านเศรษฐกิจและการพัฒนาแก่ภาครัฐอย่างต่อเนื่อง โดยบทบาทของสภาอุตสาหกรรมแห่งสาธารณรัฐเกาหลีในการปฏิรูปกฎหมายนั้นได้เกิดขึ้นอย่างชัดเจนในปี พ.ศ. ๒๕๔๐ ซึ่งภาครัฐและภาคเอกชนได้ร่วมมือกันกำหนดมาตรการปฏิรูปกฎหมายเพื่อรับมือกับผลพวงทางเศรษฐกิจอันเกิดขึ้นจากวิกฤตต้มยำกุ้ง นอกจากการปฏิรูปกระบวนการจัดทำกฎหมายโดยรัฐบาล เพื่อเสริมสร้างการมีส่วนร่วมของประชาชนแล้ว สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยได้ยังมีบทบาทสำคัญในการผลักดันโครงการปรับปรุงและยกเลิกกฎหมายที่ล้าสมัย หมดความจำเป็น หรือสร้างภาระแก่การดำรงชีวิตของประชาชนเกินความจำเป็น (โครงการ Regulatory Guillotine) โครงการดังกล่าวสามารถลดจำนวนกฎหมายในสาธารณรัฐเกาหลีลงจำนวนประมาณ ๓,๐๐๐ ฉบับ เป็นการลดภาระในการปฏิบัติตามกฎหมายที่มากเกินไป เพื่อกระตุ้นเศรษฐกิจโดยการสร้างบรรยากาศการลงทุนสำหรับนักลงทุนทั้งภายในและภายนอกประเทศ นอกจากนี้ สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยได้ยังจัดทำข้อเสนอแนะอื่น ๆ นอกเหนือจากการทบทวนหรือยกเลิกกฎหมายต่าง ๆ ต่อทั้งคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (RRO)

และกระทรวงการร่างกฎหมาย (MOLEG) อยู่เสมอ ตัวอย่างเช่น ข้อเสนอให้ภาครัฐพัฒนาระบบสวัสดิการและประกันสุขภาพแก่ประชาชนให้ทั่วถึงและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ข้อเสนอดังกล่าวส่งผลให้ต้นทุนด้านสวัสดิการสุขภาพของภาคเอกชนลดน้อยลง ทำให้ธุรกิจต่าง ๆ ปรับเปลี่ยน นำจำนวนต้นทุนที่ลดลงนั้นไปพัฒนาธุรกิจของตนในส่วนอื่นได้ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะสาธารณรัฐเกาหลีนั้นจะถูกนับว่าเป็นประเทศที่ ๓ ของโลกซึ่งประสบความสำเร็จในการปฏิรูปกฎหมายอย่างเต็มรูปแบบตามผลการศึกษาของ OECD สภาอุตสาหกรรมแห่งสาธารณรัฐเกาหลีกลับมองว่าสาธารณรัฐเกาหลียังคงมีกฎหมายในหลาย ๆ ด้านที่ควรจะได้รับ การทบทวนและพัฒนาให้ทันสมัยยิ่งขึ้น และถึงแม้ว่าการปฏิรูปกระบวนการออกกฎหมายของภาครัฐ โดยการกำหนดให้หน่วยงานผู้เสนอกฎหมายดำเนินการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมายและเพิ่มการมีส่วนร่วมของประชาชนผ่านการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องนั้นสามารถช่วยพัฒนาคุณภาพของกฎหมายให้ดีขึ้นในระดับหนึ่ง แต่ภาคเอกชนกลับมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ดัชนีชี้วัด “ความสำเร็จ” ซึ่งภาครัฐใช้ในการพัฒนากฎหมายในแต่ละด้านนั้นยังคงมีความชัดเจนไม่เพียงพอ ภาคธุรกิจยังคงมีความรู้สึกที่ว่าหน่วยงานของรัฐมักจะปฏิบัติตามกระบวนการดังกล่าวตามหน้าที่เพื่อเป็นพิธีเท่านั้น สภาอุตสาหกรรมฯ จึงยังเห็นว่ายังคงมีกฎหมายและนโยบายของภาครัฐในหลาย ๆ ด้านที่ภาครัฐควรให้ความสนใจทบทวนและพัฒนาเพื่อส่งเสริมเศรษฐกิจและพัฒนาประเทศต่อไป

๕. บทบาทในการปฏิรูปกฎหมายของสถาบันรัฐประศาสนศาสตร์แห่งประเทศเกาหลีใต้ (Korea Institute of Public Administration (KIPA))

สถาบันรัฐประศาสนศาสตร์แห่งประเทศเกาหลีใต้ (Korea Institute of Public Administration : KIPA) เป็นหน่วยงานของรัฐที่ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. ๑๙๙๑ โดยมีวัตถุประสงค์ในการจัดทำงานวิจัยเพื่อพัฒนาระบบและการดำเนินงานในการบริหารรัฐกิจ การจัดเก็บข้อมูลงานวิจัยที่เกี่ยวข้องอย่างเป็นระบบ และบริหารจัดการข้อมูลเกี่ยวกับการบริการสาธารณะที่มีความหลากหลาย รวมทั้งการสนับสนุนแลกเปลี่ยนความร่วมมือกับสถาบันการวิจัยที่เกี่ยวข้องทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ การดำเนินงานของ KIPA ก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างมีนัยสำคัญด้านการบริหารจัดการภาครัฐ ด้วยการผลิตผลงานวิจัยที่มีคุณภาพสูงให้แก่องค์กรในภาคส่วนต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก ซึ่งสอดคล้องตามวัตถุประสงค์ของการก่อตั้งสถาบันดังกล่าวนี้

บทที่ ๕
การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย
และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้*

ประเทศเกาหลีใต้ถือได้ว่าเป็นประเทศหนึ่งที่ประสบความสำเร็จในด้านการปฏิรูปกฎหมาย โดยเมื่อพิจารณาในแง่ประวัติศาสตร์แล้ว แนวความคิดเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายนั้น ได้มีพัฒนาการมาโดยลำดับประกอบกับความร่วมมือในการดำเนินการจากองค์กรของรัฐทุกภาคส่วน นอกจากนี้ กระบวนการการปฏิรูปกฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการไว้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกระบวนการเกี่ยวกับการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย ซึ่งมีรายละเอียดโดยสังเขป ดังนี้

๑. บทนำเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้

ความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ของการปฏิรูปกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้ มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา ซึ่งเป็นไปตามยุคสมัยของผู้นำประเทศ ในยุคแรกในสมัยของประธานาธิบดี Kim Dae-Jung (ค.ศ. ๑๙๙๘-๒๐๐๓) มีการจัดตั้งคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายขึ้น เพื่อทำหน้าที่ปฏิรูปกฎหมายของประเทศ มีการออกกฎหมายกำหนดกรอบการทำงานเกี่ยวกับกฎหมาย ด้านการบริหารรัฐกิจ และนำหลักการ Regulatory Guillotine มาใช้ในการปฏิรูปกฎหมาย ต่อมาในสมัยของประธานาธิบดี Roh Moo-Hyun (ค.ศ. ๒๐๐๓-๒๐๐๘) มีการแยกส่วนการทำงานเฉพาะด้าน โดยเกิดความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชนในการกำหนดแผนการปฏิรูปกฎหมาย ในช่วงนี้มีการริเริ่มนำระบบการจัดการที่เรียกว่า Regulatory Stock Management System มาใช้ มีการปรับปรุงกฎหมายเพื่อส่งเสริมการทำธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม และปรับปรุงกฎหมายที่ซ้ำซ้อนกัน ในสมัยของประธานาธิบดี Lee Myung-Bak (ค.ศ. ๒๐๐๘-๒๐๑๓) มีการแยกส่วนการทำงานเฉพาะด้านเพิ่มมากขึ้น โดยมีการดำเนินการตามแผนความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชนในการปฏิรูปกฎหมาย และมีการจัดตั้งคณะกรรมการว่าด้วยการแข่งขันของประเทศ มีการดำเนินการด้านการปฏิรูปกฎหมายที่สำคัญ ได้แก่ การนำหลักการทบทวนกฎหมายที่เรียกว่า Sunset Clause มาใช้ มีการคิดค้นระบบการให้ข้อมูลด้านกฎหมาย (Regulation Information System : RIS) และ Temporary Regulatory Relief (TRR) จนกระทั่งในสมัยของประธานาธิบดี Park Geun-Hye (ค.ศ. ๒๐๑๓-๒๐๑๗) มีการแยกส่วนการทำงานเฉพาะด้านเพิ่มมากขึ้นอีก คือ ความร่วมมือระดับสูงระหว่างรัฐกับเอกชนในการกำหนดแผนการปฏิรูปกฎหมาย มีการประชุมระดับรัฐมนตรีเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมาย มีการจัดตั้งคณะกรรมการด้านการลงทุนทางอุตสาหกรรมใหม่ (Emerging Industry) ในยุคนี้มีการดำเนินการด้านการปฏิรูปกฎหมายที่สำคัญ ได้แก่ นำหลัก Cost-in Cost-out มาใช้ มีหลักการปฏิรูปกฎหมายที่เรียกว่า Sinmungo (การตีกลองร้องทุกข์) และปรับปรุงกฎเกณฑ์ของรัฐบาลท้องถิ่นให้ทันสมัยมากยิ่งขึ้น

*สรุปข้อมูลโดยนายสุนทร เปี้ยนสี นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ ฝ่ายประมวลกฎหมาย กองกฎหมายกระบวนการยุติธรรม และนายอภิชัย กูเมือง นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ กองพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

๒. ทิศทางนโยบายของการออกกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้

ทิศทางนโยบายของการออกกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้นั้นจะมีหลักการสำคัญที่จะนำไปสู่การปฏิรูปกฎหมายเพื่อให้ได้กฎหมายที่มีคุณภาพที่ดีขึ้น ซึ่งมีหลักการสำคัญ ๒ ประการ คือ

(ก) จัดกฎเกณฑ์ที่เป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจ

(ข) บังคับใช้กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยของสาธารณและสุขภาพของประชาชน

๓. กลยุทธ์และเครื่องมือสำหรับการปฏิรูปกฎหมาย

กลยุทธ์และเครื่องมือสำหรับการปฏิรูปกฎหมาย ประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ ๒ ประการ คือ องค์การที่เกี่ยวข้องกับการปฏิรูปกฎหมาย และหลักการที่ใช้ในการปฏิรูปกฎหมาย

๓.๑ องค์การที่เกี่ยวข้องกับการปฏิรูปกฎหมาย

องค์กรปฏิรูปกฎหมายอาจแบ่งได้ ๔ ระดับ คือ

(ก) ระดับประธานาธิบดี โดยมีการประชุมรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับการปฏิรูปกฎหมาย

(ข) ระดับนายกรัฐมนตรี โดยการประชุมรัฐมนตรีย่อยเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมาย และมีคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (Regulatory Reform Committee : RRC)

(ค) ระดับรัฐบาลกลาง โดยมีองค์การความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชนที่เรียกว่า Public-Private Joint Advancement Initiative มีสำนักงานการปฏิรูปกฎหมาย (Regulatory Reform Office : RRO) ซึ่งอยู่ภายใต้สำนักนายกรัฐมนตรี และคณะกรรมการการลงทุนเกี่ยวกับอุตสาหกรรมใหม่ (Investment Committee on the Emerging Industry)

(ง) ระดับภูมิภาค โดยหน่วยงานจากการปกครองส่วนกลางและการปกครองส่วนท้องถิ่น

๓.๒ หลักการสำคัญที่ใช้ในการปฏิรูปกฎหมาย

หลักการสำคัญที่ใช้ในการปฏิรูปกฎหมาย จะมีสาระสำคัญ ๕ ประการ ได้แก่

(๑) ระบบการจัดทะเบียนกฎหมาย (Regulatory Registry System)

(๒) หลักการ Regulatory Information Portal

(๓) หลักการ Sinmungo หรือ Regulatory Petition

(๔) การวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมาย Regulatory Impact Analysis

(๕) หลักการ Cost-in, Cost-out (CICO)

๔. กระบวนการที่สำคัญในการปฏิรูปกฎหมาย

ในกระบวนการตรากฎหมายจะมีกระบวนการย่อยที่จะต้องกระทำเพื่อให้ได้กฎหมายที่มีคุณภาพ ซึ่งมีกระบวนการย่อยสำคัญ ๒ ประการ ได้แก่ การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย (Regulatory Impact Analysis) และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ดังต่อไปนี้

(๑) การวิเคราะห์ผลกระทบในการตรากฎหมาย (Regulatory Impact Analysis) จะต้องกระทำตั้งแต่ในขั้นการจัดทำร่างกฎหมายก่อนการการประชุมเพื่อพิจารณาร่างกฎหมาย จะต้องมีการจัดทำคำชี้แจงการวิเคราะห์ผลกระทบในการตรากฎหมาย มีการวิเคราะห์เนื้อหาของกฎหมาย โดยนำหลักการต่าง ๆ มาใช้ในการวิเคราะห์ เช่น หลักการ CICO และต้องมีการทบทวนโดยคณะกรรมการด้านเทคนิคเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการมีกฎหมาย (Regulatory Cost) และผลกระทบต่อประกอบธุรกิจของธุรกิจ SMEs อีกด้วย

(๒) การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (RRC) จะมีขึ้นเมื่อคณะกรรมการดังกล่าวได้รับความเห็นจากองค์กรที่เกี่ยวข้องหรือองค์กรภาคประชาชนแล้ว คณะกรรมการ RRC จะนำมาวิเคราะห์ร่วมกับรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง และจะมีการดำเนินการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง (Public Consultation) จากนั้นจะมีการประเมินผลเบื้องต้น ซึ่งหากผลการประเมินเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวมีผลกระทบน้อยจะให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องทำการประเมินกฎหมายนั้นต่อไปเอง แต่หากเห็นว่าเป็นกฎหมายสำคัญที่มีผลกระทบมาก เช่น มีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจมากกว่า ๑๐ ล้านเหรียญสหรัฐขึ้นไป กระทบต่อประชาชนมากกว่าหนึ่งล้านคนขึ้นไป หรืออาจทำให้เกิดการเสียเปรียบในการแข่งขันทางการค้า กรณีเหล่านี้ คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายจะเป็นผู้ดำเนินการจัดทำทบทวนและเสนอแนะผลการวิเคราะห์ผลกระทบในการตราภาษานั้นเอง

๕. การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้

๕.๑ แนวความคิดเกี่ยวกับการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย

องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co-operation and Development: OECD) ได้ให้ความหมายของการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย (RIA) หมายความว่า เป็นกระบวนการที่จัดเป็นเครื่องมือและเป็นกระบวนการตัดสินใจสำหรับผู้มีอำนาจตัดสินใจทางการเมืองในการกำหนดว่าจะออกกฎหมายอย่างไรเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของนโยบายสาธารณะ ทั้งนี้ กฎหมายภายในของประเทศเกาหลีใต้ได้กำหนดถึงแนวความคิดของการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายไว้ในมาตรา ๒ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยแนวทางการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร (Framework Act on Administrative Regulations 1997) โดยกำหนดให้การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายจะกระทำขึ้นเพื่อคาดการณ์และวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายสำหรับชีวิตประจำวันของประชากร สังคม เศรษฐกิจ การบริหารบ้านเมือง และวัตถุประสงค์อื่น ๆ ด้วยการดำเนินการที่เป็นรูปธรรมและเป็นวิทยาศาสตร์ การดำเนินการดังกล่าวก่อเกิดมาตรฐานซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานในการบังคับถึงความถูกต้องเหมาะสมของกฎหมาย

๕.๒ กระบวนการและขั้นตอนที่สำคัญของการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย

กระบวนการในการจัดทำวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายสามารถสรุปรายละเอียดได้ ดังนี้

(๑) การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย (Regulatory Impact Analysis and Independent Examination)

โดยที่มาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยแนวทางการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารฯ กำหนดให้หน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายที่จะเสนอและจัดทำรายงาน โดยมีประเด็นที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

- ความจำเป็นในการตราหรือแก้ไขกฎหมาย
- ความเป็นไปได้ในการบรรลุจุดประสงค์ของกฎหมาย
- วิธีการอื่นในการบรรลุจุดประสงค์ของกฎหมาย และความทับซ้อนกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้ว
- การวิเคราะห์ค่าใช้จ่ายและประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับ
- ผลกระทบต่อธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม
- มีการจำกัดการแข่งขันหรือไม่
- ความเป็นกลางและความชัดเจนของกฎหมาย
- องค์การ บุคลากร และงบประมาณในการบังคับใช้กฎหมาย
- เอกสารที่ใช้ในการดำเนินการทางแพ่ง ขั้นตอนการดำเนินงาน และสาระสำคัญอื่น ๆ มีความเหมาะสมหรือไม่

หน่วยงานเจ้าของเรื่องจะต้องประกาศรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายให้กับประชาชนทั่วไปทราบและมีการนำความคิดเห็นของผู้ได้รับผลกระทบไปพิจารณารวมถึงกำหนดหัวข้อ ขอบเขต วิธีการ ฯลฯ เพื่อการตรวจสอบโดยหน่วยงานอิสระต่อไป

๑.๒ การรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง (Public Consultation)

มาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยแนวทางการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารฯ กำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่จะเสนอร่างกฎหมายต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากหน่วยงานบริหารราชการ ภาคประชาสังคม ผู้มีส่วนได้เสีย สถาบันวิจัย ผู้เชี่ยวชาญ และบุคคลอื่น ๆ ผ่านวิธีการต่าง ๆ เช่น การประชุมสัมมนา การเปิดรับฟังความคิดเห็นทางสื่อสารสนเทศ หรือการทำประชาพิจารณ์ เป็นต้น

๑.๓ ขั้นตอนเกี่ยวกับการประเมินผลกระทบในการตรากฎหมาย

ในการทำการการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย แยกพิจารณาเป็นลำดับขั้นตอนได้ดังนี้

(๑) วิเคราะห์ความจำเป็นของการออกกฎหมายและทางเลือก

ในขั้นตอนนี้จะมีการจำกัดความสภาพปัญหาซึ่งเป็นภัยอันตรายหรือความเสียหายของสังคม โดยจะต้องมีการจำกัดความที่ชัดเจนและแจ่มแจ้งสภาพปัญหาดังกล่าวว่ามีอะไรบ้าง ผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากปัญหาดังกล่าว และแสดงเหตุผลได้ว่าเหตุใดปัญหาดังกล่าวจึงเป็นปัญหาที่สำคัญอันสมควรต้องมีกฎหมายเพื่อแก้ปัญหานั้น นอกจากนี้ ต้องวิเคราะห์ด้วยว่าสาเหตุของปัญหาที่ซ่อนอยู่คืออะไร เช่น ความล้มเหลวของการตลาด นโยบาย หรือความเสี่ยงที่ไม่คาดคิดจากนั้นจะต้องมีการให้เหตุผลความจำเป็นที่รัฐบาลต้องเข้ามาดำเนินการในเรื่องนี้ โดยมีข้อมูลสถิติที่น่าเชื่อถือในการอ้างอิง

(๒) วิเคราะห์ความเหมาะสมของกฎหมาย

ในขั้นตอนนี้จะต้องมีการกำหนดทางเลือกต่าง ๆ ในการตรากฎหมาย และเลือกใช้วิธีทางที่ดีที่สุด โดยมีการจำลองสถานการณ์ว่าหากรัฐไม่ดำเนินการอย่างไรเลย ผลที่จะเกิดขึ้นจะเป็นอย่างไร หากใช้ทางเลือกที่รัฐมนตรีต้องการ ผลที่เกิดขึ้นจะเป็นอย่างไร และทางเลือกอื่นทั้งการตราและไม่ตรากฎหมาย ซึ่งจะต้องวิเคราะห์ถึงมูลเหตุจูงใจ ความเคลื่อนไหวของสังคม การตรากฎหมายใหม่ หรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่

(๓) วิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมาย

ในขั้นตอนนี้จะต้องมีการวิเคราะห์ความเหมาะสมของการตรากฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายที่จะตราขึ้นต้องเหมาะสมกับการแก้ไขสภาพปัญหาหรือความเสี่ยงที่ได้จำกัดความไว้ ต้นทุนของการออกกฎระเบียบต้องน้อยกว่าประโยชน์ที่จะได้รับ และต้องมีวิเคราะห์ผลกระทบของธุรกิจ SMEs และความสามารถในการแข่งขันทางการค้า อีกทั้งต้องวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกรณีที่เกี่ยวข้องกัน ทั้งกรณีที่เกิดขึ้นในสถาบันระหว่างประเทศ ประเทศหลักที่พัฒนาแล้ว และกรณีที่คล้ายคลึงกัน ภายในประเทศ นอกจากนี้ ต้องมีการวิเคราะห์ต้นทุนและประโยชน์ที่จะได้รับ (Cost-Benefit Analysis) โดยต้องมีการกำหนดผู้ที่เกี่ยวข้อง (Stakeholders) กำหนดถึงผลได้ผลเสีย และมาตรการที่จะว่านำมาใช้

(๔) วิเคราะห์การบังคับใช้และสรุปผล

ในขั้นตอนนี้จะต้องมีการกำหนดแผนการประเมินผลการบังคับใช้กฎหมาย โดยกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาทบทวนความจำเป็นและเงื่อนไขของการมีกฎหมายดังกล่าว

(๕) ระบบ Korean E-RIA

เมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๕ ประเทศเกาหลีใต้ได้จัดให้มีระบบการจัดทำ การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย โดยทำงานผ่านเว็บไซต์ในระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Web based online) ทดแทนการใช้คู่มือแบบเก่าในการดำเนินการประเมินผลกระทบในการตรา กฎหมาย ในการนี้ หน่วยงานที่จะตรากฎหมายต้องเข้าไปกรอกข้อมูลซึ่งเป็นแบบฟอร์มมาตรฐาน เกี่ยวกับการประเมินผลกระทบในการตรากฎหมายทางเว็บไซต์ในระบบเครือข่ายดังกล่าว โดยมีศูนย์ การวิจัยการออกกฎหมาย (Regulatory Research Center) ทำหน้าที่กลั่นกรองข้อมูลดังกล่าว

๕.๓ การวิเคราะห์ความจำเป็นของกฎหมายโดยคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

โดยที่มาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยแนวทางการออกกฎหมายของ ฝ่ายบริหารฯ กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องจะไม่สามารถตรากฎหมายได้หากไม่ผ่านการพิจารณา ของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (RRC) และหน่วยงานของรัฐจะต้องส่งผลการพิจารณาของ คณะกรรมการฯ ให้กระทรวงกฎหมายของรัฐบาล (Ministry of Government Legislation: MOLEG) เพื่อประกอบการพิจารณาร่างกฎหมายนั้นด้วย นอกจากนี้ มาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน คณะกรรมการ RRC จะต้องตรวจสอบความจำเป็นของกฎหมายภายใน ๔๕ วัน หรือ ๖๐ วัน (กรณีมี การขยายเวลา) รวมทั้งพิจารณาว่าการตรวจสอบโดยหน่วยงานอิสระตามมาตรา ๗ เป็นไปอย่างเหมาะสม หรือไม่ กรณีมีความจำเป็นต้องได้ข้อมูลเพิ่มเติม คณะกรรมการฯ อาจขอให้หน่วยงานยื่นเอกสารเพิ่มเติม ได้ และหากจำเป็นคณะกรรมการฯ สามารถเสนอแนะให้หน่วยงานดังกล่าวถอนการเสนอ ร่างกฎหมายหรือปรับปรุงร่างกฎหมายได้ และให้หน่วยงานปฏิบัติตามคำแนะนำดังกล่าว เว้นแต่ มีเหตุผลพิเศษเท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากหน่วยงานของรัฐไม่เห็นด้วย อาจเสนอให้คณะกรรมการฯ พิจารณาใหม่อีกครั้งก็ได้

๖. การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้

โดยที่มาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยแนวทางการออกกฎหมายของ ฝ่ายบริหารฯ กำหนดให้กฎหมายจะต้องมีการกำหนดระยะเวลาที่มีผลใช้บังคับเท่าที่จำเป็นในการบรรลุ วัตถุประสงค์และกำหนดระยะเวลาใช้บังคับไม่เกิน ๕ ปี โดยให้หน่วยงานจะต้องยื่นเรื่องไปที่

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายเพื่อตรวจสอบความจำเป็นของกฎหมายเป็นเวลา ๖ เดือน ก่อนระยะเวลาดังกล่าวจะสิ้นสุดลงว่าจำเป็นจะต้องมีการต่อระยะเวลาหรือไม่ โดยต้องยื่นเอกสารตามมาตรา ๑๐ ดังต่อไปนี้

- การวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมาย
- ความเห็นจากการตรวจสอบของหน่วยงานอิสระ
- รายงานสรุปการรับฟังความคิดเห็นของผู้ได้รับผลกระทบ

กรณีที่ไม่มีควมจำเป็นต้องขยายระยะเวลาออกไป ให้กฎหมายสิ้นสุดการใช้บังคับ
 ทั้งนี้ มาตรา ๑๘ กำหนดให้คณะกรรมการ RRC สามารถตรวจสอบความจำเป็นของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้วก็ได้ กรณีได้รับความคิดเห็นจากผู้มีส่วนได้เสียหรือบุคคลใดก็ตามว่าสมควรมีการพิจารณาตรวจสอบความจำเป็นของกฎหมาย นอกจากนี้มาตรา ๑๙ และมาตรา ๑๙-๒ ยังกำหนดให้หน่วยงานของรัฐจะต้องจัดให้มีการตรวจสอบความจำเป็นของกฎหมายทุกปีและส่งผลการตรวจสอบมายังคณะกรรมการฯ รวมถึงตรวจสอบระยะเวลาใช้บังคับที่กำหนดในกฎหมายทุกปีอีกด้วย ประกอบกับมาตรา ๒๐ และมาตรา ๒๑ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน กำหนดให้คณะกรรมการฯ สามารถกำหนดขอบเขตของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ ซึ่งมีความจำเป็นต้องตรวจสอบความจำเป็นของกฎหมายเป็นกรณีพิเศษในแต่ละปี รวมทั้งกำหนดแนวทางการตรวจสอบความจำเป็น และอาจกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการได้หากเห็นว่าจำเป็น จากนั้นจึงแจ้งให้หน่วยงานของรัฐทราบเพื่อจัดทำแผนการตรวจสอบความจำเป็นของกฎหมายของหน่วยงานนั้น ๆ และดำเนินการตามแผนงานและเมื่อหน่วยงานของรัฐจัดทำแผนงานแล้วให้คณะกรรมการรวบรวมแผนงานและรายงานต่อประธานาธิบดีต่อไป

บทที่ ๖

สรุปผลการประชุมทางวิชาการ ระหว่างสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาแห่งประเทศไทย และองค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ*

โดยที่สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาแห่งประเทศไทย (KDI) และองค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co-operation and Development – OECD) ได้จัดให้มีการประชุมทางวิชาการในหัวข้อ *การพัฒนาธรรมาภิบาลในการวางกฎระเบียบของภาครัฐ (Improving Regulatory Governance)* เมื่อวันที่ ๖ กันยายน ๒๕๖๐ ณ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาแห่งประเทศไทย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอรายงานในหัวข้อดังกล่าว ซึ่งเป็นผลการศึกษา ร่วมกันของ KDI และ OECD

การประชุมทางวิชาการในครั้งนี้ได้แบ่งหัวข้อการประชุมออกเป็น ๔ หัวข้อ ได้แก่

๑. การวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมาย (Regulatory Impact Assessment – RIA)
๒. การประเมินผลของการใช้กฎหมาย (Ex-post Evaluation)
๓. การให้ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบเข้ามามีส่วนร่วม (Stakeholder Engagement)
๔. การกำกับดูแลความมีธรรมาภิบาลของการวางกฎระเบียบของภาครัฐ (Regulatory Oversight)

ทั้งนี้ ในแต่ละหัวข้อจะมีผู้นำเสนอผลงาน ๒ - ๓ ท่าน โดยหลังจากที่ได้นำเสนอ ผลงานแล้ว มีการแลกเปลี่ยนความรู้โดยการตั้งคำถามและการสนทนาระหว่างผู้ร่วมอภิปราย

๑. การวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมาย (Regulatory Impact Assessment)

การประชุมทางวิชาการในส่วนนี้มีผู้นำเสนอผลงานจำนวน ๒ ท่าน คือ Mr. Nick Malyshev หัวหน้าฝ่ายนโยบายว่าด้วยกฎหมาย แผนกธรรมาภิบาลของภาครัฐ องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (OECD) และ Dr. Jongyeon LEE ผู้อำนวยการแผนกการวิเคราะห์และประเมิน ศูนย์ว่าด้วยการศึกษากฎระเบียบ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาแห่งประเทศไทย (KDI) โดยสามารถสรุปรายละเอียดได้ดังนี้

๑.๑ ความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมาย

การสร้างควมมีธรรมาภิบาลในการออกกฎหมายนั้น รัฐอาจใช้มาตรการต่าง ๆ เช่น การให้ผู้ได้รับผลกระทบมีส่วนร่วม (Communication, Consultation, Engagement) การกำกับดูแลหน่วยงานที่ออกกฎหมาย (Regulatory Oversight) การประเมินผลการใช้กฎหมาย (ex-post evaluation) การปรับโครงสร้างองค์กรที่มีส่วนในกระบวนการออกกฎหมาย (Organization of regulatory agencies) การตรวจสอบกฎหมายโดยฝ่ายปกครองและศาล (Administrative and Judicial Review) การเสริมสร้างความสามารถขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการออกกฎหมายที่ดี (Regulatory management capacity at subnational level) หรือการสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อพัฒนาความมีธรรมาภิบาลในการออกกฎหมาย (International Regulatory Cooperation) โดยการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมาย (Regulatory Impact Assessment – RIA) เป็นหนึ่งในมาตรการที่กล่าวมา

*สรุปข้อมูลโดยนายปรัชญา เจียสกุล นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ ฝ่ายกฎหมายอุดมศึกษา และวัฒนธรรม กองกฎหมายการศึกษาและวัฒนธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

การดำเนินการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมาย (RIA) มีเป้าหมายเพื่อลดภาระค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นกับประชาชนอันเนื่องมาจากการออกกฎหมายดังกล่าว โดยการวิเคราะห์จะช่วยให้รัฐตัดสินใจเลือกออกกฎหมายที่สร้างประโยชน์ให้ประชาชนมากที่สุดโดยก่อภาระค่าใช้จ่ายน้อยที่สุด ทั้งนี้ การดำเนินการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายจะสำเร็จได้ต้องอาศัยองค์ประกอบหลายประการ เช่น ผู้ปกครองรัฐควรแสดงความมุ่งมั่นที่จะจัดให้มีการดำเนินการดังกล่าว (Commitments) รัฐบาลควรสร้างแรงจูงใจให้เจ้าหน้าที่รัฐสนใจและใส่ใจที่จะดำเนินการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายให้มีคุณภาพ (Incentives) ควรสร้างแนวทางวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายให้สอดคล้องกับบริบทของแต่ละประเทศ (home-grown) รวมถึงควรจัดให้มีหน่วยงานกลางทำหน้าที่กำกับดูแลความมีธรรมาภิบาลของการออกกฎหมาย (Regulatory Oversight Bodies)

การวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมาย อาจดำเนินการได้อย่างน้อย ๕ ขั้นตอน ได้แก่ การชี้ปัญหา (Problem Definition) การหาทางเลือกอื่นในการแก้ปัญหา (Identification of alternative regulatory options) การเก็บรวบรวมข้อมูล (Data collection) การหาข้อสรุปเชิงนโยบาย (Identification of the preferred policy option) และ การติดตามประเมินผล (Provisions of monitoring and evaluation) อย่างไรก็ตาม พบว่ากระบวนการการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายมีส่วนสร้างภาระค่าใช้จ่ายและใช้ทรัพยากรของรัฐ ดังนั้น จึงควรเลือกดำเนินการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายให้มีประสิทธิภาพตามหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) นอกจากนี้ ยังพบประเด็นปัญหาจากการเลือกใช้เครื่องมือในการวิเคราะห์ต่าง ๆ อีกด้วย (Methodology Issues)

๑.๒ การใช้หลักความได้สัดส่วนในการตัดสินใจเลือกทำ RIA

เนื่องจากรัฐมีทรัพยากรของรัฐอยู่อย่างจำกัดและการทำการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายย่อมก่อให้เกิดภาระค่าใช้จ่ายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น ควรกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อเลือกที่จะทำการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายฉบับใดและจะดำเนินการวิเคราะห์ละเอียดเพียงไร เพื่อให้รัฐสามารถใช้ทรัพยากรในการบริหารรัฐกิจได้คุ้มค่าที่สุด

หนึ่งในเกณฑ์ที่สามารถนำมาใช้ได้คือหลักความได้สัดส่วน (Proportionality) โดยอาจใช้เพื่อพิจารณาว่าจะทำการวิเคราะห์กฎหมายฉบับใด (subject) และเลือกที่จะทำการวิเคราะห์ละเอียดเพียงไร (scope) โดยตามหลักดังกล่าว หน่วยงานควรพิจารณาเลือกวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมเป็นอย่างมากเป็นลำดับแรก โดยรัฐควรจัดสรรงบประมาณเพื่อให้สามารถดำเนินการวิเคราะห์ได้เต็มรูปแบบด้วย ในทางกลับกัน ในกรณีของกฎหมายที่มีผลกระทบน้อย ก็อาจเว้นการวิเคราะห์ผลกระทบหรือนำมาดำเนินการวิเคราะห์ผลกระทบในภายหลัง รวมทั้งอาจดำเนินการวิเคราะห์แบบรวบรัดได้

ในปัจจุบันพบว่า มีประเทศที่ใช้หลักความได้สัดส่วนเพื่อเลือกทำการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมาย เช่น สหรัฐอเมริกาได้กำหนดเกณฑ์การทำการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมาย โดยให้ทำอย่างเต็มรูปแบบเฉพาะกรณีของกฎหมายที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบมากกว่า ๑ พันล้านเหรียญสหรัฐต่อปี ในส่วนของประเทศเกาหลีใต้ นั้น กฎหมายกำหนดให้ดำเนินการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารเกือบทั้งหมด โดยยังไม่มีกำหนดให้ใช้หลักความได้สัดส่วน ซึ่งมีส่วนทำให้รัฐต้องใช้ทรัพยากรเพื่อดำเนินการวิเคราะห์กฎหมายค่อนข้างมากทั้ง ๆ ที่อาจได้ผลลัพธ์

ที่ไม่คุ้มค่ากับทรัพยากรที่เสียไป ดังจะเห็นได้จากการที่หน่วยงานยังไม่ค่อยมีการใช้ข้อมูลเชิงปริมาณ (quantitative analysis) และยังไม่มีการใช้การคำนวณความคุ้มค่าในทางเศรษฐศาสตร์ (cost-benefit analysis) ในการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายเท่าที่ควร

๑.๓ ประเด็นปัญหาจากการใช้วิธีการวิเคราะห์แบบต่าง ๆ

(๑) การวิเคราะห์ความคุ้มค่าทางเศรษฐศาสตร์

เครื่องมือที่ใช้ในการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายที่สำคัญเครื่องมือหนึ่ง คือการวิเคราะห์ความคุ้มค่าทางเศรษฐศาสตร์ (Cost-Benefit Analysis – CBA) อย่างไรก็ตาม เครื่องมือนี้อาจไม่เหมาะที่จะนำไปใช้กับกฎบางประเภท เนื่องจากไม่สามารถตีค่าทุกอย่างเป็นมูลค่าเงิน (monetizability) หรือวัดค่าในเชิงปริมาณได้ (quantifiability) นอกจากนี้ ยังพบว่าประเทศส่วนใหญ่ ใช้การวิเคราะห์ความคุ้มค่าทางเศรษฐศาสตร์ในการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายเพียงผิวเผินเท่านั้น อาทิ มีการแสดงให้เห็นเพียงว่าจะเกิดประโยชน์และค่าใช้จ่ายจากการใช้กฎอย่างไรบ้าง แต่ไม่มีการแสดงให้เห็นว่าจะเกิดประโยชน์เป็นมูลค่ามากกว่าค่าใช้จ่ายหรือไม่ และยังไม่ค่อยพบการเปรียบเทียบความคุ้มค่าของทางเลือกต่าง ๆ (Cost-effectiveness Analysis)

(๒) การวิเคราะห์เชิงคุณภาพ (Qualitative analysis) – ผลกระทบในแง่สังคม

การวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายควรต้องคำนึงถึงผลกระทบอื่น ๆ ต่อสังคม ซึ่งเป็นผลกระทบที่ไม่อาจวัดค่าเป็นมูลค่าเงินได้ด้วย โดยในประเทศเกาหลีใต้ได้กำหนดให้ต้องพิจารณาผลกระทบในด้านต่าง ๆ เช่น ผลกระทบของกฎหมายต่อการแข่งขันในตลาด ผลกระทบต่อการพัฒนาเทคโนโลยีและนวัตกรรม หรือผลกระทบต่อวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติพบว่า การพิจารณาผลกระทบในด้านดังกล่าวจำกัดอยู่เพียงการรับฟังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเท่านั้น

(๓) การวิเคราะห์โดยใช้เกณฑ์หลากหลายประเภท (Multi-criteria analysis – MCA)

การวิเคราะห์โดยใช้ทั้งเกณฑ์เชิงปริมาณและเกณฑ์เชิงคุณภาพพร้อมกัน นั้น (เช่น การวิเคราะห์ความคุ้มค่าทางเศรษฐศาสตร์ (cost-benefit analysis) และการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสังคม (social impact analysis) ควบคู่กัน) มีข้อดีคือสามารถทำให้พิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ได้อย่างครอบคลุมยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม การชั่งน้ำหนักโดยใช้เกณฑ์หลากหลายประเภทอาจเปิดช่องให้มีการเลือกใช้ข้อมูลหรือเลือกใช้วิธีการวิเคราะห์ เพื่อใช้เป็นเครื่องมือกำหนดหรือเปลี่ยนแปลงนโยบาย ตามธงที่ตั้งไว้ได้ (manipulation) และอาจส่งผลให้ผู้วิเคราะห์ให้น้ำหนักกับการวิเคราะห์เชิงปริมาณน้อยเกินไปได้

(๔) การวัดค่าของชีวิต

ในการทำการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายในประเทศเกาหลีนั้น สำนักประสานงานนโยบายของรัฐบาล (Office for Government Policy Coordination – OPC) กำหนดให้หน่วยงานต้องนำค่าของชีวิตมาร่วมพิจารณาด้วย (Value of Statistical Life – VSL) โดยอาจมีวิธีคำนวณได้หลายแบบ เช่น การคำนวณแบบ Contingent Valuation Method (คนยอมจ่ายเงินเท่าไร เพื่อรักษาชีวิตของตน) หรือการคำนวณแบบ Human Capital Approach (ชีวิตที่อยู่รอดได้ จะสามารถสร้างรายได้ในอนาคตได้เท่าไร) รวมทั้งอาจนำค่าเสียรายได้ ค่าประกัน ค่ารักษาพยาบาล ฯลฯ มาประกอบเพื่อคำนวณค่าของชีวิต (VSL) ได้

๑.๔ บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมาย ควรดำเนินการอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้คุ้มค่ากับการใช้ทรัพยากรของรัฐ โดยอาจใช้หลักความได้สัดส่วนเป็นเกณฑ์วัดว่าควรวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายเรื่องใด และควรทำการวิเคราะห์ละเอียดเพียงไร ทั้งนี้ ต้องดำเนินการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายตั้งแต่ขั้นการวางแผนนโยบาย และควรใช้เครื่องมือการวิเคราะห์ความคุ้มค่าทางเศรษฐศาสตร์อย่างเป็นระบบ มิเช่นนั้นการวิเคราะห์กฎหมายก็จะมีประโยชน์น้อย หรืออาจกลายเป็นเพียงเครื่องมือเพื่อยืนยันนโยบายตามธงที่ตั้งไว้เท่านั้น

๒. การประเมินผลของการใช้กฎหมาย (Ex-post Evaluation)

การประชุมทางวิชาการในส่วนนี้ มีผู้นำเสนอผลงานจำนวน ๒ ท่าน คือ Mr. Filippo Cavassini ที่ปรึกษาด้านเศรษฐกิจ องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาเศรษฐกิจ (OECD) และ Dr. Yong Hyeon YANG ผู้อำนวยการแผนกวิจัย สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาแห่งประเทศไทย (KDI) โดยสามารถสรุปรายละเอียดได้ดังนี้

๒.๑ ความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับการประเมินผลการใช้กฎหมาย

การประเมินผลการใช้กฎหมายภายหลังจากที่ได้ใช้กฎหมายไประยะหนึ่งแล้ว (*ex-post evaluation*) เป็นมาตรการหนึ่งที่ใช้ในการทบทวนกฎหมาย (*regulatory review*) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประเมินว่าได้ใช้กฎหมายให้บรรลุซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายแล้วหรือไม่ โดยนอกจากจะตรวจสอบว่ามีการบังคับใช้กฎหมายและมีการปฏิบัติตามกฎหมาย (*enforced and complied*) หรือไม่แล้ว ยังมีการตรวจสอบประสิทธิภาพ (*efficiency*) กล่าวคือ ทบทวนว่ากฎหมายนั้นได้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อประชาชนคิดเป็นมูลค่าแล้วมากกว่าก่อให้เกิดภาระค่าใช้จ่ายหรือไม่ รวมทั้งมีการตรวจสอบวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (*initial objectives*) ว่ายังมีความเท่าทันต่อสถานการณ์หรือไม่ และมีทางเลือกอื่น (*alternatives*) ที่ดีกว่าเพื่อให้บรรลุซึ่งวัตถุประสงค์หรือไม่

การประเมินผลการใช้กฎหมายเป็นมาตรการที่สำคัญ อย่างไรก็ตาม หากนำไปเปรียบเทียบกับมาตรการอื่น เช่น การทำการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมาย พบว่ายังมีการใช้มาตรการประเมินผลการใช้กฎหมายอยู่น้อย จึงควรมีการสร้างแรงจูงใจต่าง ๆ ให้เจ้าหน้าที่รัฐดำเนินการประเมินผลการใช้กฎหมาย เช่น การให้ค่าชมเชย การดักเตือน หรือการรายงานผลการดำเนินการเชิงเปรียบเทียบ เพื่อแสดงให้เห็นว่าหน่วยงานใดได้ดำเนินการประเมินผลการใช้กฎหมายดีกว่าหน่วยงานอื่น ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐมีทรัพยากรจำกัด จึงไม่อาจดำเนินการประเมินผลการใช้กฎหมายกับกฎหมายทุกฉบับได้ จำเป็นต้องเลือกว่าจะทำการประเมินกฎหมายฉบับใด และควรทำการประเมินละเอียดเพียงไร ทั้งนี้ ควรใช้หลักความได้สัดส่วน (*Principle of Proportionality*) เพื่อจัดลำดับความสำคัญของกฎหมายที่จะนำมาประเมิน

๒.๒ รูปแบบของการประเมินผลของการใช้กฎหมาย

(๑) *การทบทวนกฎหมายตามแนวหลักการ (Principle-based Review)* เป็นรูปแบบการทบทวนกฎหมายที่นิยมใช้กันมากที่สุดในขณะนี้ โดยมีลักษณะเป็นการทบทวนกฎหมายหลายฉบับพร้อม ๆ กัน บนพื้นฐานของเป้าหมายนโยบายเดียวกัน ทั้งนี้ นโยบายดังกล่าวอาจถูกกำหนดโดยภาครัฐหรืออาจเป็นข้อเสนอของกลุ่มประชาชนต่าง ๆ ซึ่งเป็นตัวแทนของผู้ที่ได้รับผลกระทบจากกฎหมาย (*Public Stock-take review*) ก็ได้ เช่น นโยบายที่เสนอโดยกลุ่มความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนเพื่อริเริ่มการพัฒนากฎหมายของเกาหลี (*Joint Regulation Advancement Initiative*)

หรือ ข้อเสนอของผู้ตรวจการสำหรับวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมของเกาหลี (SME Ombudsman) โดยในประเทศเกาหลีได้มีการทบทวนกฎหมายในรูปแบบนี้มาแล้วหลายครั้ง อาทิ การพัฒนากฎระเบียบ ที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการของบริษัทในปี ค.ศ. ๑๙๙๘ การพัฒนากฎระเบียบที่ส่งผลจำกัดการเข้าถึง ตลาดและมีผลเป็นการจำกัดหรือลดการแข่งขันในปี ค.ศ. ๒๐๐๑ หรือการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตระหว่างช่วงปี ค.ศ. ๒๐๑๓-๒๐๑๕

(๒) *การจัดทำแผนเพื่อออกกฎหมายและทบทวนกฎหมาย (Regulatory Planning and Review)* เป็นการสร้างกระบวนการให้มีการประเมินผลของการใช้กฎหมายเป็นประจำ อย่างต่อเนื่อง มีวัตถุประสงค์เพื่อหาข้อดีของกฎหมาย รวมทั้งใช้เป็นโอกาสในการพัฒนากฎหมาย ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยในเกาหลีได้กำหนดให้มีคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (RRC) ทำหน้าที่ ออกแนวปฏิบัติในการทบทวนกฎหมายของหน่วยงานรัฐทุก ๆ ปี โดยกระทรวงต่าง ๆ มีหน้าที่ดำเนินการ ตามแนวปฏิบัติดังกล่าว จัดทำแผนการปรับปรุงกฎหมายที่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของตนเสนอ ต่อคณะกรรมการฯ ภายในระยะเวลาที่กำหนด เพื่อที่คณะกรรมการฯ จะได้รวบรวมขึ้นเป็นแผน การพัฒนากฎหมายกลางที่จะต้องนำเสนอต่อสาธารณชน โดยกระทรวงต่าง ๆ มีหน้าที่ปฏิบัติตามแผนดังกล่าว รวมทั้งต้องรายงานความคืบหน้าให้คณะกรรมการฯ ทราบทุกปีอีกด้วย

(๓) *การกำหนดวันสิ้นสุดวันใช้บังคับของกฎหมาย (Sunset Rule)* เป็นการกำหนด ระยะเวลาใช้บังคับของกฎหมาย โดยเมื่อสิ้นกำหนดดังกล่าวแล้ว อาจกำหนดให้กฎหมายสิ้นสุดภาพ หรือกำหนดให้ต้องทบทวนกฎหมายฉบับนั้นก็ได้ โดยในเกาหลีได้กำหนดไว้ทั้งสองรูปแบบ กล่าวคือ มี Sunset Rule ที่มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมาย และ Sunset Rule ที่มีผลให้ต้องทบทวนกฎหมาย

(๔) *การทบทวนกฎหมายสืบเนื่องจากการร้องทุกข์ของประชาชน (Regulatory Reform Sinmungo – RRS)* เป็นมาตรการทบทวนกฎหมายรูปแบบเฉพาะของเกาหลี ซึ่งเปิดให้ ประชาชนทั่วไปสามารถยื่นข้อเรียกร้องผ่านช่องทางอินเทอร์เน็ตให้มีการทบทวนกฎหมายฉบับใด ฉบับหนึ่งได้ โดยเมื่อมีการยื่นข้อเรียกร้องนั้นแล้ว ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบ ซึ่งคือสำนักงานนายกรัฐมนตรี (Prime Minister's Office - PMO) จะต้องดำเนินการส่งข้อเรียกร้องนั้นต่อไปให้หน่วยงานภาครัฐ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหน่วยงานดังกล่าวต้องตัดสินใจภายใน ๑๔ วันว่าจะรับข้อเรียกร้องดังกล่าวไปดำเนินการ หรือจำเป็นต้องมีการศึกษาเพิ่มเติมในระยะกลางและระยะยาว หรือจะปฏิเสธที่จะพิจารณาข้อเรียกร้อง ดังกล่าว ทั้งนี้ หากหน่วยงานปฏิเสธข้อเรียกร้องในขณะที่สำนักงานนายกฯ (PMO) เห็นว่าเป็นข้อเรียกร้อง ที่สมเหตุสมผล สำนักงานนายกฯ (PMO) ก็อาจเสนอให้หน่วยงานดังกล่าวชี้แจงเหตุผลของการปฏิเสธ โดยละเอียด รวมถึงให้เสนอทางเลือกอื่น และท้ายที่สุดสำนักงานนายกฯ (PMO) ก็อาจเสนอให้คณะกรรมการ ปฏิรูปกฎหมายของเกาหลี (Regulatory Reform Committee – RRC) พิจารณาข้อเรียกร้องนั้นโดยตรงได้

(๕) *การกำหนดให้ทบทวนยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายอื่นในกรณีที่จะออก กฎหมายใหม่ (Cost-in Cost-out – CiCo)* มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาระดับภาระค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้น กับประชาชนไม่ให้สูงขึ้นในภาพรวม โดยมาตรการดังกล่าวจะส่งผลให้หน่วยงานที่ประสงค์จะเสนอ กฎหมายใหม่ต้องทำการทบทวนกฎหมายเดิมเสียก่อน เพื่อหาว่าจะสามารถยกเลิกหรือปรับปรุงกฎ หมายฉบับใดเพื่อให้มีผลเป็นการลดภาระค่าใช้จ่ายที่มีอยู่เดิมได้ โดยการทำ Cost-in Cost-out ในเกาหลีนั้น จะใช้เฉพาะค่าใช้จ่ายและประโยชน์ที่จะเกิดกับผู้อยู่ภายใต้กฎนั้นโดยตรง (direct cost and benefit) มาพิจารณา ซึ่งมีข้อเสียคืออาจทำให้มองข้ามประโยชน์หรือภาระค่าใช้จ่ายส่วนอื่นได้

๓. การให้ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบเข้ามามีส่วนร่วม (Stakeholder Engagement)

การประชุมทางวิชาการในส่วนนี้มีผู้นำเสนอผลงาน จำนวน ๓ ท่าน คือ Mr. Filippo Cavassini ที่ปรึกษาด้านเศรษฐกิจ องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาเศรษฐกิจ (OECD) Ms. Winona Bolislis นักวิเคราะห์นโยบาย ฝ่ายนโยบายกฎระเบียบภาครัฐ องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาเศรษฐกิจ (OECD) และ Professor Wonhyuk LIM, อาจารย์ประจำสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาแห่งประเทศไทย (KDI) โดยสามารถสรุปการบรรยายในส่วน Prof. Wonhyuk LIM ได้ดังนี้

๓.๑ หลักคิดเกี่ยวกับการให้ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบเข้ามามีส่วนร่วม

การให้ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบเข้ามามีส่วนร่วม หรือ Stakeholder Engagement หมายถึง การให้ประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการกำหนดนโยบายของภาครัฐ ซึ่งจัดเป็นรูปแบบหนึ่งของการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองโดยตรง (Participatory Model of Government)

แม้ว่ากระบวนการให้ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบเข้ามามีส่วนร่วมกำหนดนโยบายภาครัฐจะยังไม่แพร่หลายในประเทศที่มีการปกครองแบบผู้แทน (Delegated Model of Government) แต่ปัจจุบันเริ่มมีเสียงเรียกร้องในประเทศเหล่านี้ให้รัฐบาลมีความเปิดกว้างยิ่งขึ้น (Open Government) กล่าวคือ รัฐบาลควรเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบาย โดยต้องมีความโปร่งใสในกระบวนการกำหนดนโยบาย (transparency) ต้องอำนวยความสะดวกให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูลได้ทั่วถึง (accessibility) รวมถึงต้องตอบสนองต่อความต้องการและแนวคิดใหม่ ๆ ของประชาชนด้วย (responsiveness)

อย่างไรก็ดี แม้การให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายภาครัฐโดยตรงจะเป็นสิ่งที่พึงปรารถนา เนื่องจากเป็นกระบวนการที่มีความสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย แต่การดำเนินการดังกล่าวย่อมต้องพิจารณาถึงประเด็นปัญหาให้รอบด้าน ไม่ว่าจะเป็นประเด็นความคุ้มค่าทางเศรษฐศาสตร์ของกระบวนการดังกล่าว ประเด็นความชอบธรรมของผลลัพธ์ที่ได้จากกระบวนการดังกล่าว หรือประเด็นความเห็นต่างระหว่างเสียงส่วนใหญ่ในหมู่ประชาชนกับข้อชี้แนะของนักวิชาการผู้เชี่ยวชาญ

(๑) ประเด็นความคุ้มค่าทางเศรษฐศาสตร์ (cost and benefit) ของการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายภาครัฐ โดยหลักควรต้องสร้างกระบวนการมีส่วนร่วมให้เกิดประโยชน์สูงสุด โดยต้องพิจารณาให้ได้สัดส่วนกับค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ทั้งโดยตรงและโดยอ้อม ซึ่งการจะทำให้เกิดประโยชน์สูงสุดจากการมีส่วนร่วมของประชาชนนั้น อาจทำได้โดยการช่วยให้ประชาชนทั่วไปสามารถพัฒนาทักษะในการตัดสินใจอย่างมีเหตุมีผลบนพื้นฐานของข้อมูล และคำชี้แนะของผู้เชี่ยวชาญ โดยการพัฒนากิจกรรมของหน่วยงานผู้เสนอแนะนโยบายให้สามารถจัดกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนผู้ได้รับผลกระทบได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งอาจต้องนำเรื่องความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจมาใช้เป็นกรอบในการกำหนดขอบเขตของ “ผู้ได้รับผลกระทบ” ในแต่ละกรณีด้วย โดยหากเป็นนโยบายหรือเรื่องที่มีความซับซ้อนมาก เช่น การตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ก็อาจต้องจำกัดกรอบของผู้ได้รับผลกระทบให้แคบลง เนื่องจากการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจเรื่องดังกล่าวอย่างกว้างขวางจนเกินไปอาจได้ผลลัพธ์ที่ไม่เป็นประโยชน์คุ้มค่ากับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการจัดให้มีกระบวนการดังกล่าวได้

(๒) ประเด็นความชอบธรรม รัฐควรสร้างหลักประกันว่ากระบวนการมีส่วนร่วมจะไม่ถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือกำหนดหรือเปลี่ยนแปลงนโยบายตามธงที่ตั้งไว้ (manipulation) รวมถึงมิให้นำกระบวนการดังกล่าวไปใช้เพื่อประโยชน์ของคนบางกลุ่ม เช่น กลุ่มนายทุน แทนการรักษาผลประโยชน์ส่วนร่วม (policy capture) ดังนั้น รัฐควรสร้างกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนให้มีความรัดกุมและโปร่งใส (due process and transparency) และควรมีการวางหลักเกณฑ์มาตรฐานคุณภาพของการมีส่วนร่วมให้ชัดเจน (enforcing quality standards)

ในกรอบของประเด็นนี้ รัฐยังต้องคำนึงถึงกรณีที่กลุ่มผู้สนับสนุนและกลุ่มผู้ต่อต้านมีขีดความสามารถในการรวมกลุ่มกันไม่เท่ากันอีกด้วย (equitable power of voice) (มุมมองของเศรษฐศาสตร์การเมือง หรือ political economy) เพราะลักษณะดังกล่าวอาจทำให้ผลจากการมีส่วนร่วมของผู้ได้รับผลกระทบมีความคลาดเคลื่อนจากความเป็นจริงได้ เช่น กรณีของนโยบายส่งเสริมให้มีการแข่งขันทางการค้าซึ่งเป็นนโยบายที่ผู้บริโภคจะได้ประโยชน์ แต่เนื่องจากผู้บริโภคมองไม่เห็นประโยชน์ที่ตนจะได้รับจากผู้ประกอบการธุรกิจ ที่มีมุมมองนโยบายส่งเสริมการแข่งขันว่าเป็นอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ ดังนั้น เมื่อจัดให้ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายดังกล่าวแล้ว อาจได้ผลที่มีแนวโน้มไปในทางต่อต้านนโยบาย เพราะกลุ่มต่อต้านมีการรวมตัวดีกว่านั่นเอง ด้วยเหตุนี้ รัฐพึงวิเคราะห์ผลการมีส่วนร่วมของประชาชนโดยต้องพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ให้รอบด้านเสมอ

(๓) ประเด็นความเห็นต่างระหว่างเสียงส่วนใหญ่ในหมู่ประชาชนกับข้อชี้แนะของนักวิชาการผู้เชี่ยวชาญ นั้น รัฐจะต้องหาแนวทางลดปัจจัยที่จะนำไปสู่ความขัดแย้งดังกล่าว ซึ่งรวมถึงการใช้มาตรฐานทางวิทยาศาสตร์รวมทั้งหลักฐานเชิงประจักษ์ในการให้น้ำหนักกับความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ และการประชาสัมพันธ์อย่างทั่วถึง นอกจากนั้น ผู้ได้รับผลกระทบก็ต้องแสดงได้อย่างโปร่งใสว่าตนได้รับผลกระทบอะไร อย่างไร ประกอบกับต้องมีเกณฑ์มาตรฐานในการจัดกลุ่มว่าปัจเจกแต่ละบุคคลเข้าข่ายเป็นผู้ได้รับผลกระทบด้านใดบ้าง ทั้งนี้ ควรมีการศึกษาเปรียบเทียบมาตรฐานที่ใช้กับประเทศอื่น ๆ อยู่อย่างสม่ำเสมอด้วย

๓.๒ รูปแบบของการมีส่วนร่วมของประชาชนผู้ได้รับผลกระทบ

การจัดให้ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบมีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายภาครัฐนั้น อาจมีหลายรูปแบบ ดังนี้

แบ่งตามจำนวนผู้มีส่วนร่วม อาจแบ่งได้เป็น

(๑) การให้มีส่วนร่วมอย่างแคบ เช่น การให้มีคณะกรรมการเพื่อร่วมหารือกับผู้แทนกลุ่มต่าง ๆ ที่มีความรู้ในด้านที่เกี่ยวข้อง หรือมีผลประโยชน์

(๒) การให้มีส่วนร่วมอย่างกว้าง เช่น การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนทั่วไป ซึ่งรวมถึงผู้บริโภค ผู้ใช้แรงงาน ฯลฯ

แบ่งตามรูปแบบของการสื่อสาร อาจแบ่งได้เป็น

(๑) การแจ้งประชาสัมพันธ์ (Notification) เป็นการสื่อสารทิศทางเดียวจึงไม่อาจจัดว่าเป็นการให้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงได้

(๒) การรับฟังความคิดเห็น (Consultation) เป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนสื่อสารกลับมายังผู้กำหนดนโยบายได้ตามกระบวนการที่กำหนดไว้ แต่มีความเสี่ยงว่ารัฐอาจเลือกฟังเฉพาะด้านที่รัฐอยากฟัง หรือเป็นการรับฟังเพียงเพื่อให้เป็นไปตามขั้นตอนเท่านั้น (tick box)

(๓) การให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมโดยจัดให้มีการอภิปรายและปรึกษาหารือเพื่อหาแนวนโยบายที่จะใช้ในการแก้ปัญหาต่าง ๆ ของสังคม (Participation) ทั้งนี้ ไม่ควรใช้การมีส่วนร่วมรูปแบบนี้แทนการทำหน้าที่กำหนดนโยบายของภาครัฐ ซึ่งยังเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบในนโยบายที่กำหนดขึ้น (accountability)

โดยรัฐอาจจัดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในขั้นตอนต่าง ๆ ของกระบวนการกำหนดนโยบาย ไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนเสนอนโยบาย (Policy Initiation and Agenda Setting) ขั้นตอนออกแบบและพัฒนานโยบาย (Policy Development and Design) ขั้นตอนการบังคับใช้นโยบาย (Policy Implementation and Enforcement) หรือขั้นตอนการตรวจสอบและการตอบรับนโยบาย (Policy Monitoring and Feedback)

๓.๓ กระบวนการให้ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบมีส่วนร่วมกำหนดนโยบายในประเทศเกาหลี

รัฐธรรมนูญของเกาหลี ได้กำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายสองรูปแบบคือ กรณีที่ต้องจัดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในรูปแบบของการทำประชาพิจารณ์ ได้แก่ กรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ และกรณีที่กำหนดให้รัฐบาลมีอำนาจทำประชาพิจารณ์ได้ ได้แก่ กรณีที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ กรณีการรักษาอธิปไตยของชาติ กรณีการรวมชาติ และกรณีอื่น ๆ ที่มีความสำคัญต่อความเป็นไปของชาติในอนาคต

ในส่วนของนโยบายอื่น ๆ ทั่วไป ประเทศเกาหลีได้ยังจัดให้ประชาชนที่ได้รับผลกระทบเข้ามามีส่วนร่วมกำหนดนโยบายน้อยอยู่ และโดยมากเป็นลักษณะการให้มีส่วนร่วมอย่างแคบ กล่าวคือ จำกัดการมีส่วนร่วมอยู่ในกลุ่มผู้แทนผลประโยชน์กลุ่มต่าง ๆ โดยในส่วนของรูปแบบการมีส่วนร่วมนั้น ประเทศเกาหลีได้ใช้รูปแบบต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงการสร้างกลุ่มความร่วมมือระหว่างภาครัฐและเอกชนนำโดยสภาหอการค้าและอุตสาหกรรม (Korean Chamber of Commerce and Industry) และสำนักงานนายกรัฐมนตรี (Prime Minister's Office - PMO) เพื่อดำเนินการเสนอให้มีการปฏิรูปกฎหมาย

นอกจากนั้น ประเทศเกาฬียังจัดให้มีกระบวนการที่เรียกว่า Regulatory Sinmungo (ติกลงร้องทุกข์) ที่เปิดโอกาสให้ประชาชนเรียกร้องให้มีการปรับปรุงกฎหมายผ่านอินเทอร์เน็ตได้ โดยเมื่อมีการเสนอมาแล้ว สำนักงานนายกฯ (PMO) จะต้องดำเนินการส่งข้อเรียกร้องนั้นต่อไปให้หน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหน่วยงานนั้นต้องตัดสินใจภายใน ๑๔ วันว่าจะรับข้อเรียกร้องดังกล่าวไปดำเนินการ หรือจำเป็นต้องมีการศึกษาเพิ่มเติมในระยะกลางและระยะยาว หรือจะปฏิเสธที่จะพิจารณาข้อเรียกร้องดังกล่าว ทั้งนี้ หากหน่วยงานปฏิเสธข้อเรียกร้องในขณะที่สำนักงานนายกฯ (PMO) เห็นว่าเป็นข้อเรียกร้องที่สมเหตุสมผล สำนักงานนายกฯ (PMO) ก็อาจเสนอให้หน่วยงานดังกล่าวชี้แจงเหตุผลของการปฏิเสธโดยละเอียด รวมถึงให้เสนอทางเลือกอื่น และท้ายที่สุดสำนักงานนายกฯ (PMO) ก็อาจเสนอให้คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายของเกาหลี (Regulatory Reform Committee - RRC) พิจารณาข้อเรียกร้องนั้นโดยตรงได้

๔. การกำกับดูแลความมีธรรมาภิบาลในการวางกฎระเบียบของภาครัฐ (Regulatory Oversight)

การประชุมทางวิชาการในส่วนนี้มีผู้นำเสนอผลงาน จำนวน ๒ ท่าน คือ Mr. Nick Malyshev หัวหน้าฝ่ายนโยบายว่าด้วยกฎหมาย แผนกธรรมาภิบาลของภาครัฐ องค์การเพื่อความร่วมมือ

และการพัฒนาเศรษฐกิจ (OECD) และ Professor Wonhyuk LIM อาจารย์ประจำสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาแห่งประเทศไทย (KDI) โดยสามารถสรุปการบรรยายได้ดังนี้

๔.๑ หลักการสำคัญของกำกับดูแลความมีธรรมาภิบาลในการวางกฎระเบียบของภาครัฐ

การพัฒนาธรรมาภิบาลในการวางกฎระเบียบของภาครัฐนั้น จำเป็นต้องสร้างกระบวนการกำกับดูแล โดยควรจัดให้มีหน่วยงานจากส่วนกลางที่สามารถกำกับดูแลการวางกฎระเบียบของภาครัฐได้ในทุก ๆ ด้านนโยบาย และควรกำหนดอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานดังกล่าวไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน รวมทั้งกำหนดให้มีหลักประกันความเป็นอิสระของหน่วยงานดังกล่าวจากอิทธิพลทางการเมืองด้วย

การกำกับดูแลธรรมาภิบาลในการวางกฎระเบียบของภาครัฐควรครอบคลุมประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

(๑) ดูแลคุณภาพของกระบวนการจัดทำกฎหมายให้มีธรรมาภิบาล (scrutiny of process)

(๒) รวบรวมข้อมูลจากประชาชนเพื่อใช้พิจารณาว่ากฎหมายฉบับใดควรมีการปรับปรุงหรือยกเลิก (scrutiny of substance)

(๓) ปรับปรุงระบบการจัดทำกฎหมายให้มีธรรมาภิบาล (scrutiny of the system)

(๔) สร้างให้เกิดมาตรฐานเดียวกันในกระบวนการจัดทำกฎหมายให้มีธรรมาภิบาล (coherence of the approach in the administration)

(๕) จัดทำแนวปฏิบัติและข้อเสนอแนะ รวมทั้งจัดให้มีการฝึกอบรมเจ้าหน้าที่รัฐที่มีหน้าที่จัดทำร่างกฎหมาย (capacity building in the administration)

๔.๒ การกำกับดูแลความมีธรรมาภิบาลของการวางกฎระเบียบภาครัฐในประเทศเกาหลีใต้

๔.๒.๑ ระบอบการปกครองและกระบวนการเสนอกฎหมายในประเทศเกาหลีใต้

ประเทศเกาหลีใต้มีการปกครองโดยระบอบประชาธิปไตย มีประธานาธิบดีเป็นประมุขและผู้นำฝ่ายบริหาร มีนายกรัฐมนตรีที่ได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี ทำหน้าที่กำกับและประสานนโยบายกระทรวงต่าง ๆ ถือเป็นผู้นำฝ่ายบริหารรองจากประธานาธิบดี มีคณะรัฐมนตรี (State Council) ทำหน้าที่พิจารณานโยบายต่าง ๆ โดยบางกรณีคณะรัฐมนตรีมีอำนาจตัดสินใจกำหนดนโยบาย แต่ในบางกรณีมีเพียงหน้าที่ให้คำปรึกษาประธานาธิบดีเท่านั้น และมีรัฐสภา (National Assembly) ทำหน้าที่ตรากฎหมาย (มาตรา ๔๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี)

การตรากฎหมายระดับรัฐบัญญัติโดยรัฐสภานั้น สมาชิกรัฐสภาและรัฐบาลต่างมีอำนาจในการเสนอร่างรัฐบัญญัติสู่สภา (มาตรา ๕๒ แห่งรัฐธรรมนูญเกาหลี) โดยเมื่อรัฐสภาพิจารณาร่างกฎหมายและมีมติเห็นชอบร่างรัฐบัญญัตินั้นแล้ว ก็จะส่งร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวให้ฝ่ายบริหารเพื่อให้นำไปประกาศใช้เป็นกฎหมาย ทั้งนี้ ในกรณีที่ฝ่ายบริหารไม่เห็นด้วยกับรัฐบัญญัตินั้น ฝ่ายบริหารก็อาจใช้อำนาจคัดค้านร่างรัฐบัญญัตินั้นได้ (presidential veto) โดยที่ที่สุดแล้ว รัฐสภาก็มีสิทธิในการยืนยัน (override) ให้ตรารัฐบัญญัตินั้นได้

สำหรับการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารนั้น รัฐธรรมนูญเกาหลีใต้แบ่งประเภทของกฎออกเป็น กฎของประธานาธิบดี (Presidential Decree - มาตรา ๗๕ แห่งรัฐธรรมนูญเกาหลี) และกฎกระทรวง (Prime Minister's or Ministerial Decree - มาตรา ๙๕ แห่งรัฐธรรมนูญ

เกาหลี) ซึ่งกฎทั้งสองรูปแบบจะออกได้ก็ต้องมีบทอาศัยอำนาจในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายของประธานาธิบดีแล้วแต่กรณี โดยการออกกฎหมายเหล่านี้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งไม่ต้องเสนอให้รัฐสภาพิจารณา อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้กำหนดกลไกให้รัฐสภาสามารถทักท้วงได้ในกรณีที่ฝ่ายบริหารออกกฎหมายเกินอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ (มาตรา ๙๒-๒ วรคสาม แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยรัฐสภา)

นอกเหนือจากขั้นตอนในการออกกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีขั้นตอนการตรวจร่างกฎหมายที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับอื่น เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยแนวทางการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร (Framework Act on Administrative Regulations – FAAR) ซึ่งกำหนดไว้เป็นการเฉพาะสำหรับการออกกฎหมายโดยฝ่ายบริหาร ดังนั้น ในกรณีของรัฐธรรมนูญที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้เสนอต่อรัฐสภาหรือในกรณีของฝ่ายบริหาร เมื่อหน่วยงานต้นเรื่องได้ร่างกฎหมายหรือกฎนั้นแล้ว ก็ยังต้องผ่านขั้นตอนการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายซึ่งประกอบไปด้วย ขั้นตอนการวิเคราะห์ผลกระทบต่อการปราบปรามการทุจริต ขั้นตอนการรับฟังข้อคิดเห็นของหน่วยงานอื่น ๆ ของฝ่ายบริหาร ขั้นตอนการปรึกษาพรรครัฐบาล ขั้นตอนการประกาศให้ประชาชนทราบถึงแผนการที่จะออกกฎหมาย ขั้นตอนการตรวจสอบวิเคราะห์ร่างกฎหมาย (RIA) และขั้นตอนการตรวจร่างกฎหมายโดยกระทรวงการร่างกฎหมาย (MOLEG) โดยเมื่อผ่านขั้นตอนเหล่านี้แล้ว จึงจะสามารถนำร่างรัฐธรรมนูญหรือร่างกฎดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการเพื่อให้ผู้มีอำนาจเห็นชอบและประกาศใช้เป็นกฎหมายต่อไปได้

๔.๒.๑ การกำกับดูแลความมีธรรมาภิบาลของการวางกฎระเบียบภาครัฐ

มาตรา ๒๓ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยแนวทางการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร (FAAR) กำหนดให้มีคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (Regulatory Reform Committee – RRC) ทำหน้าที่เป็นองค์กรกลางในการปฏิรูปกฎหมายและกำกับดูแลความมีธรรมาภิบาลของการวางกฎระเบียบภาครัฐ อย่างไรก็ตาม ยังมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับรูปแบบและหน้าที่ขององค์กรดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นเรื่องวิธีการสรรหากรรมการโดยการแต่งตั้งของประธานาธิบดี ซึ่งยังไม่มีคามยึดโยงกับประชาชนอย่างเพียงพอ และยังขาดกระบวนการตรวจสอบการทำงานของคณะกรรมการฯ โดยอาจแก้ปัญหาได้ด้วยการกำหนดให้ในกรณีที่คณะกรรมการฯ มีความเห็นไม่ตรงกับความเห็นของหน่วยงานเจ้าของเรื่อง คณะกรรมการฯ ต้องเสนอผลการพิจารณาของคณะกรรมการฯ พร้อมความเห็นของหน่วยงานเจ้าของเรื่องเพื่อให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาด้วย

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยแนวทางการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร (FAAR) กำหนดไว้เพียงอำนาจในการตรวจพิจารณาร่างฯ ที่เสนอโดยฝ่ายบริหาร โดยปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายกำหนดให้ตรวจพิจารณาความมีธรรมาภิบาลของร่างกฎหมายที่เสนอโดยสมาชิกรัฐสภา แม้จะพบว่ากฎหมายระดับรัฐธรรมนูญของเกาหลีส่วนมากจะเป็นกฎหมายที่ได้รับการเสนอโดยสมาชิกรัฐสภาก็ตาม

ในส่วนของการทำการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมาย (RIA) นั้น มาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยแนวทางการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร (FAAR) กำหนดให้หน่วยงานผู้เสนอร่างกฎหมายต้องทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายเพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณะและเสนอต่อคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (RRC) โดยรายงานดังกล่าวต้องประกอบไปด้วย เหตุผลของร่างกฎหมาย (rationale) การพิจารณาทางเลือกอื่น ๆ (alternative means) การวิเคราะห์ความคุ้มค่าทางเศรษฐศาสตร์ (cost and benefit analysis) และการพิจารณาความได้สัดส่วนและประสิทธิภาพ (proportionality and effectiveness) เป็นอาทิ อย่างไรก็ตาม พบว่าหน่วยงานของเกาหลียังขาดทรัพยากรบุคคลที่จะทำการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายที่มีคุณภาพอย่างเพียงพอ

โดยการวิเคราะห์ผลกระทบนั้นก็มักไม่ได้รับความสำคัญตั้งแต่ขั้นการวางแผนนโยบาย และมักขาดผลวิเคราะห์ความคุ้มค่าทางเศรษฐศาสตร์ และไม่มีการกล่าวถึงทางเลือกอื่น ๆ อีกด้วย

นอกเหนือไปจากการวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายแต่ละฉบับแล้ว รัฐบาลเกาหลีใต้ยังวางแนวทางให้มีการควบคุมการออกกฎหมายแบบพลวัต (dynamic) โดยกำหนดให้ต้องมีการยกเลิกกฎระเบียบเดิมบางส่วน เพื่อชดเชยกับภาระที่จะเกิดขึ้นกับประชาชนจากกฎระเบียบที่จะออกใหม่ (Cost-In Cost-Out Approach) โดยในการพิจารณาตามแนวทางนี้ ต้องนำภาระค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่จะเกิดขึ้นสำหรับผู้ประกอบธุรกิจในปีจากกฎแต่ละฉบับ (Equivalent Annual Net Cost to Business – EANCBS) มาเป็นฐานในการคิด มิใช่เพียงยกเลิกจำนวนกฎระเบียบเดิมให้เท่ากับจำนวนกฎระเบียบที่จะออกใหม่เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ยังไม่แน่ชัดว่าหน่วยงานต่าง ๆ จะให้ความสำคัญกับการดำเนินการตามแนวทางนี้มากน้อยเพียงไร

๔.๓ บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การกำกับดูแลความเป็นธรรมาภิบาลของการวางกฎระเบียบภาครัฐนั้นจะต้องมุ่งพัฒนาคุณภาพของกฎหมาย มิใช่มุ่งเพียงการลดปริมาณกฎหมายเท่านั้น โดยควรจัดให้มีกระบวนการเพื่อสร้างให้เกิดธรรมาภิบาลในการออกกฎหมายให้ครอบคลุมกฎหมายทุกประเภท โดยเฉพาะกฎหมายที่เสนอและออกโดยรัฐสภา นอกจากนั้น ต้องจัดสรรทรัพยากรให้หน่วยงานรัฐมีเพียงพอที่จะสามารถดำเนินการมาตรการต่าง ๆ ให้เกิดธรรมาภิบาลในการออกกฎหมายได้ นอกจากนี้ ในส่วนของการควบคุมการออกกฎหมายแบบพลวัต (Cost-In Cost-Out Approach) กระทรวงต่าง ๆ ควรดำเนินการคำนวณภาระค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นสำหรับผู้ประกอบธุรกิจในปีจากกฎที่อยู่ในความรับผิดชอบของตน รวมทั้งจัดลำดับความสำคัญของกฎหมายและจัดกลุ่มหมวดหมู่กฎระเบียบในเรื่องต่าง ๆ เพื่อเป็นฐานข้อมูลที่จะนำมาใช้ในการควบคุมการออกกฎหมายแบบพลวัตได้ต่อไป

ภาคผนวก ๑

ประมวลภาพการศึกษาดูงาน ณ ประเทศเกาหลีใต้

การศึกษาดูงาน ณ สถาบันวิจัยกฎหมายแห่งชาติ
(KLRI)

KLRI **TIME**
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE



การเข้าร่วมสัมมนาทางวิชาการระหว่างสถาบันพัฒนา
ประเทศเกาหลีใต้ (KDI) กับ องค์การความร่วมมือ
ทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD)



การศึกษาฐาน ณ สถาบันรัฐประศาสนศาสตร์
แห่งประเทศเกาหลีใต้ (KIPA)



ภาคผนวก ๒

รายนามคณะผู้เข้าร่วมศึกษาดูงาน ณ ประเทศเกาหลีใต้

รายนามคณะผู้เข้าร่วมการศึกษาดูงาน ณ ประเทศเกาหลีใต้
ในหลักสูตรผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง รุ่นที่ ๒
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง

๑. นายติสทัต โทตระกิตย์	เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา
๒. นายกิตติ ตั้งจิตรมณีศักดิ์	เลขาธิการสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย
๓. นายเชวง ไทยยิ่ง	ผู้อำนวยการสถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน
๔. นายกฤษฎา คงคะจันทร์	หัวหน้าผู้ตรวจราชการกระทรวงวัฒนธรรม
๕. นายโกสินทร์ พิทยะเวสต์สุนทร	วิศวกรโยธาทรงคุณวุฒิ กระทรวงคมนาคม
๖. นางสาวจงจิตร นรินาพเมธิกุล	ผู้ตรวจราชการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม
๗. นางสาวจินางค์กูร โรจนนันต์	นักวิเคราะห์นโยบายและแผนทรงคุณวุฒิ สศช.
๘. นายชาย นครชัย	รองปลัดกระทรวงวัฒนธรรม
๙. นายชูชัย อุดมโภชน	ที่ปรึกษาด้านพัฒนาระบบสิทธิประโยชน์ทางศุลกากร
๑๐. นายทศพร นุชอนงค์	อธิบดีกรมทรัพยากรธรณี
๑๑. นายธรรมพ์ ชาลีจันทร์	อัยการพิเศษฝ่ายคณะกรรมการ ๒ สำนักงานอัยการสูงสุด
๑๒. นางจิตา พัทธธรรม	ที่ปรึกษาด้านนโยบายและแผนงาน สศช.
๑๓. พันตำรวจโท เจริญรัตน์ วิเชียรสรรค์	ผู้ตรวจราชการสำนักนายกรัฐมนตรี
๑๔. นางนิตย์ โรจน์รัตนวานิชย์	ผู้ตรวจราชการกระทรวงศึกษาธิการ
๑๕. นางสาวปิติกาญจน์ สิทธิเดช	อธิบดีกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ
๑๖. พันตำรวจโท พงษ์ธร ัญญสิริ	หัวหน้าผู้ตรวจราชการกระทรวงยุติธรรม
๑๗. พลตำรวจตรี พรชัย ขันดี	รองผู้บัญชาการ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง
๑๘. นางพรพิศ เพชรเจริญ	รองเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร
๑๙. พลเรือตรี ยุทธชัย สีสาวสดี	ผู้ชำนาญการ สำนักงานปลัดกระทรวงกลาโหม
๒๐. นางรวีวรรณ ภูริเดช	เลขาธิการสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม
๒๑. นางสาวรีนวดี สุวรรณมงคล	อธิบดีกรมบังคับคดี
๒๒. นายวรศาสน์ อภัยพงษ์	อธิบดีกรมทรัพยากรน้ำ
๒๓. นายวัลลภ นาคบัว	ผู้อำนวยการสำนักงานกิจการยุติธรรม
๒๔. พลตำรวจตรี วัลลภ ประทุมเมือง	รองผู้บัญชาการ สำนักงานกำลังพล
๒๕. นายวิชัย คงรัตนชาติ	ผู้ตรวจราชการกระทรวงแรงงาน
๒๖. นายวิทยา ยาม่วง	ที่ปรึกษาด้านเศรษฐกิจการขนส่งทางน้ำ กระทรวงคมนาคม
๒๗. นายสมชัย มาเสถียร	ผู้ตรวจราชการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม
๒๘. นางสมฤดี ัญญสิริ	รองเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง
๒๙. นายสมฤทธิ ไชยวงศ์	ผู้ทรงคุณวุฒิด้านคดี สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
๓๐. นายสิทธิพร เสาภายน	ผู้ทรงคุณวุฒิด้านคดี สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
๓๑. นางสาวสุทธิดิถี ระวีวรรณ	อธิบดีกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง

- ๓๒. นายสุรพล ชามาตย์
- ๓๓. นายโสภณ สุวรรณรัตน์
- ๓๔. นายอภิจิน ไซติกเสถียร
- ๓๕. นางสาวอรรวรรณ น้อยภักดี
- ๓๖. นางสาวอัญชลิตา กองอรรถ
- ๓๗. นายแพทย์อากาศ พัฒนเรืองไโล
- ๓๘. ร้อยตำรวจโท อุทัย อาทิวะช
- ๓๙. นายเอกนิติ นิติทัณฑ์ประภาศ

ฝ่ายเลขานุการฯ

- ๑. นางสาวกมลกานต์ ศรีสุวรรณ
- ๒. นายสุนทร เปลี่ยนสี
- ๓. นายอภิชัย กู้เมือง
- ๔. นางสาวคณินิจ แซ่เฮง
- ๕. นางสาวปัทมา วรรณทร์
- ๖. นางสาวณรรธา บัณฑิต
- ๗. นายปรัชญา เจียสกุล
- ๘. นางสาวใจใส วงศ์พิเชษฐ์

ผู้ตรวจราชการกระทรวงอุตสาหกรรม
ที่ปรึกษาด้านกฎหมาย กระทรวงมหาดไทย
ผู้ตรวจราชการกระทรวงอุตสาหกรรม
ที่ปรึกษาระบบราชการ สำนักงาน ก.พ.
กรรมการร่างกฎหมายประจำ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
ที่ปรึกษากรรมการแพทย์
อัยการพิเศษฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด
ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ

นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ
นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ
นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ
นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ
นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ
นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ
นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ
นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ

ภาคผนวก ๓

Framework Act on Administrative Regulations 1997

FRAMEWORK ACT ON ADMINISTRATIVE REGULATIONS

Act No. 5368, Aug. 22, 1997

Amended by Act No. 5529, Feb. 28, 1998

Act No. 7797, Dec. 29, 2005

Act No. 8852, Feb. 29, 2008

Act No. 9532, Mar. 25, 2009

Act No. 9965, Jan. 25, 2010

Act No. 11690, Mar. 23, 2013

Act No. 11935, Jul. 16, 2013

Act No. 13329, May 18, 2015

Act No. 14184, May 29, 2016

Article 1 (Purpose)

The purpose of this Act is to prescribe basic matters concerning administrative regulations, thereby contributing to the improvement of the quality of life of citizens and the enhancement of national competitiveness in a sustained manner by facilitating self-regulation and creative initiative in social and economic activities through the repeal of unnecessary administrative regulations and the prevention of inefficient administrative regulations.

Article 2 (Definitions)

(1) The terms used in this Act shall be defined as follows:

1. "Administrative regulations" (hereinafter referred to as "regulations") means restrictions on the rights of citizens (including foreigners subject to Acts of the Republic of Korea) or duties imposed thereon by the State or local governments to accomplish a specific administrative objective, which are prescribed by Acts and subordinate statutes, Municipal Ordinances or Municipal Rules;
2. "Acts and subordinate statutes" means Acts, Presidential Decrees, Ordinance of the Prime Minister, Ordinance of the Ministry and other public notices, etc. mandated thereunder;
3. "Existing regulations" means regulations prescribed based on other Acts as at the time this Act enters into force, and those prescribed according to the procedure specified in this Act after this Act enters into force;
4. "Administrative agencies" means agencies that have administrative authority according to Acts and subordinate statutes, Municipal Ordinances or Municipal Rules, and juristic persons, organizations, institutions and individuals delegated or entrusted with the said authority;
5. "Regulatory impact analysis" means to predict and analyze the impact of a regulation on the everyday lives of citizens, as well as on the social, economic, administrative and any other aspects by using

objective and scientific means, and thus to establish a standard which serves as the basis for determining the appropriateness of the regulation.

(2) The concrete scope of the regulations shall be prescribed by Presidential Decree.

Article 3 (Scope of Application)

(1) Unless otherwise provided for in other Acts, administrative regulations shall be governed by this Act.

(2) This Act shall not apply to matters falling under any of the following subparagraphs: *<Amended by Act No. 14184, May 29, 2016>*

1. Affairs executed by the National Assembly, the Courts, the Constitutional Court, the Election Commission, and the Board of Audit and Inspection;
2. Affairs relevant to criminal matters, criminal administration, and security measures;
3. Matters relevant to information and security-related duties under the National Intelligence Service Korea Act;
4. Matters relevant to enrollment, draft, mobilization and training under the provisions of the Military Service Act, the United Defense Act, the Reserve Forces Act, the Framework Act on Civil Defense, the Emergency Resources Management Act, and the Framework Act on the Management of Disasters and Safety;
5. Matters relevant to military installations, the protection of military secrets, and the defense industry;
6. Matters relevant to the items, rates, imposition and collection of taxes.

(3) Local governments shall take necessary measures for the registration and promulgation of regulations prescribed by Municipal Ordinances and Municipal Rules, review of establishment or reinforcement of new and existing regulations, revision of existing regulations, establishment of regulation-review organization, etc., according to the purport of this Act.

Article 4 (Principle of Regulation by Acts)

(1) Regulations shall be based on Acts, and the contents thereof shall be provided in clear and unambiguous language.

(2) Regulations shall be directly provided for by Acts, and the specific details of the regulations may be determined by Presidential Decree, Ordinance of the Prime Minister, Ordinance of the Ministry, or Municipal Ordinances and Municipal Rules, as entrusted by Acts or higher Acts and subordinate statutes by fixing the specific scope thereof: Provided, That when the Acts and subordinate statutes mandate professional, technical or minor matters which need to be mandated due to relevant extenuating circumstances considering the nature of affairs by specifying the scope thereof in detail, regulations may be prescribed by public notice, etc.

(3) No administrative agencies may limit the rights of citizens or impose duties on citizens pursuant to regulations that are not based on Acts.

Article 5 (Principles of Regulations)

(1) The State or local governments shall respect the freedom and creative initiative of citizens and shall not infringe on the essential purport thereof in establishing a new regulation.

(2) The State or local governments shall make sure to establish effective regulations in order to protect the lives, human rights, public health, environment, etc. of citizens and ensure the safety of foods and medical goods, in establishing a new regulation.

(3) The scope and means of regulations shall be set forth to ensure objectivity, transparency and fairness

through the most effective means within the minimum extent required to realize the objectives of such regulations.

Article 6 (Registration and Promulgation of Regulations)

- (1) The head of a central administrative agency shall register the name, content, legal basis, administering agency, etc. of a regulation under his/her jurisdiction with the Regulatory Reform Committee (hereinafter referred to as the "Committee") under Article 23.
- (2) The Committee shall prepare and promulgate lists of regulatory affairs registered under paragraph (1), and submit it to the National Assembly by the end of June each year.
- (3) If the Committee finds a regulation that is not registered upon conducting an ex officio investigation, it shall require the head of the relevant central administrative agency to immediately register the regulation with the Committee, or to submit a revision plan of Acts and subordinate statutes which is intended to abolish the regulation in question, and the head of the relevant central administrative agency shall comply therewith unless any extraordinary circumstances exist to the contrary.
- (4) Necessary matters for the methods, procedures, etc. of registration and announcement of regulations under paragraphs (1) through (3) shall be prescribed by Presidential Decree.

Article 7 (Regulatory Impact Analysis and Independent Examination)

- (1) When the head of a central administrative agency intends to establish a new regulation or reinforce existing regulations (including the extension of the effective period of regulations; hereinafter the same shall apply), he/she shall conduct a regulatory impact analysis taking account of the following matters comprehensively, and prepare a regulatory impact analysis report: *<Amended by Act No. 13329, May 18, 2015>*
 1. Necessity of establishing a new regulation or reinforcing existing regulations;
 2. Feasibility of the objectives of regulations;
 3. Existence of alternative means to a regulation, or possible overlapping of existing regulations;
 4. Comparative analysis on costs and benefit which are to be borne by or enjoyed by the citizens and groups subject to regulation following the implementation of regulations;
 5. Effects arising from the implementation of regulations on small and medium-sized enterprises under Article 2 of the Framework Act on Small and Medium Enterprises;
 6. Whether competition-restricting factors are included;
 7. Objectivity and clarity of regulations;
 8. Administrative organization, human resources, and required budget following the establishment or reinforcement of regulations;
 9. Whether documents required for relevant civil affairs, procedures for handling thereof, and other similar matters are appropriate.
- (2) The head of a central administrative agency shall issue a general public announcement concerning the regulatory impact analysis report under paragraph (1) during the pre-announcement period of legislations, supplement the regulatory impact analysis report after reviewing the submitted opinions, and notify the persons who have submitted their opinions of the results of handling the submitted opinions.
- (3) The head of a central administrative agency shall determine the subject, scope, method, etc. of regulations based on the findings of the regulatory impact analysis under paragraph (1), and conduct an independent examination on the propriety thereof. In such cases, the opinions of relevant experts, etc. shall be fully

reflected in the examination.

(4) Necessary matters for the method and procedure of a regulatory impact analysis, and the guidelines for preparation, method of announcement, and other similar matters of a regulatory impact analysis report shall be prescribed by Presidential Decree.

Article 8 (Stipulation of Effective Period of Regulations)

(1) When the head of a central administrative agency intends to establish a new regulation or reinforce existing regulations, he/she shall stipulate in the relevant Acts and subordinate statutes the effective period or review period (referring to the period applied exclusively to a regulation that is deemed necessary to be abolished or relaxed following the result of a regular examination on its implementation) of regulations which have no evident grounds to remain in force. *<Amended by Act No. 11935, Jul. 16, 2013>*

(2) The effective period or review period for which the regulation remains in force shall be set as no longer than what is required to achieve the objectives of the regulation and the period shall not exceed five years in principle. *<Amended by Act No. 11935, Jul. 16, 2013>*

(3) The head of a central administrative agency shall request an examination to the Committee under Article 10 by six months prior to the expiration of the effective period or review period of the regulation, if extension in the effective period or review period thereof is deemed necessary. *<Amended by Act No. 11935, Jul. 16, 2013>*

(4) The Committee may, if deemed necessary in making an examination under Articles 12 and 13, recommend the head of a central administrative agency to set the effective period or review period of the regulation in question. *<Amended by Act No. 11935, Jul. 16, 2013>*

(5) When the head of a central administrative agency deems it necessary to extend the effective period or review period of a regulation provided for in Acts, he/she shall submit, to the National Assembly, a draft amendment to the effect that the effective period or review period of the regulation needs to be extended by three months prior to the expiration of the effective period or review period of the regulation in question. *<Amended by Act No. 11935, Jul. 16, 2013>*

Article 9 (Hearing Public Opinions)

If the head of a central administrative agency intends to establish a new regulation or reinforce existing regulations, he/she shall sufficiently hear the opinions of administrative agencies, civic groups, interested parties, research institutes, experts, etc. in such means as public hearings, pre-announcement of legislations, etc.

Article 10 (Request for Examinations)

(1) The head of a central administrative agency shall request for an examination to the Committee if he/she intends to establish a new regulation or reinforce existing regulations. In cases of a legislative bill, the request for an examination shall be made prior to filing a request for an examination of the legislative bill with the Minister of Government Legislation.

(2) When the head of a central administrative agency requests an examination under paragraph (1), he/she shall submit to the Committee a draft of the regulation, along with the following matters:

1. A regulatory impact analysis report under Article 7 (1);
2. Opinion from an independent examination under Article 7 (3);
3. Summary of opinions submitted by administrative agencies, interested parties, etc. under Article 9.

(3) When the Committee is requested for the examination of regulations under paragraph (1), it may request a

submission of adjustment plans for regulations subject to the relevant Acts and subordinate statutes.

Article 11 (Preliminary Examinations)

- (1) The Committee shall determine whether a regulation in question requires review (hereinafter referred to as "important regulation") stipulated in Article 12 within ten days from the date on which it is requested for an examination under Article 10, in consideration of the ripple effects by a regulation in question on the daily lives and socio-economic activities of citizens.
- (2) Regulations determined as unimportant by the Committee under paragraph (1) shall be deemed to have undergone the examinations of the Committee.
- (3) The Committee shall promptly notify the head of the relevant central administrative agency of the result of a decision made under paragraph (1).

Article 12 (Examinations)

- (1) The Committee shall complete an examination of regulations which are determined as important regulations under Article 11 (1) within 45 days from the date on which a request for examination is made: Provided, That if an extension of the examination period is inevitable, the Committee may extend it only once by a duration not exceeding 15 days.
- (2) The Committee shall review whether the relevant central administrative agency's independent review has been conducted in a reasonable manner according to the appropriate procedures, based on reliable data and sources.
- (3) The Committee may demand that the head of the relevant central administrative agency provide supplementary documents to those appended pursuant to the subparagraphs of Article 10 (2), if such supplementary data is required. In such cases, the period taken for the supplementation shall not be included in the examination period under paragraph (1).
- (4) When the Committee completes the examination under paragraph (1), it shall promptly notify the head of the relevant central administrative agency of its findings.

Article 13 (Examinations of Establishment or Reinforcement of Urgent Regulations)

- (1) The head of a central administrative agency may request for an examination to the Committee without following the procedures specified in Articles 7, 8 (3), 9 and 10, if special grounds exist for immediate establishment or reinforcement of a regulation. In such cases, the grounds therefor shall be stated clearly.
- (2) If the Committee determines that the regulation requested for the examination under paragraph (1) is deemed urgent, it shall review as to whether the establishment or reinforcement of the regulation is reasonable within 20 days from the date on which the request for an examination is made, and notify the head of the relevant central administrative agency of its findings. In such cases, the head of the relevant central administrative agency shall submit, within 60 days from the date on which he/she is notified of the Committee's review results, the regulatory impact analysis report to the Committee.
- (3) The Committee may, if it determines that the regulation requested to be examined under paragraph (1) is deemed not urgent, within ten days from the date on which it receives a request for an examination, demand that the head of the relevant central administrative agency follow the procedures provided for in Articles 7 through 10.

Article 14 (Recommendation of Improvement)

- (1) The Committee may recommend to the head of the relevant central administrative agency the withdrawal

or improvement of new or reinforced regulations, if deemed necessary based on the findings of the examination under Articles 12 and 13.

(2) The head of the relevant central administrative agency in receipt of a recommendation under paragraph (1) shall comply therewith, unless any special grounds exist to the contrary, and shall submit the result of the procedure to the Committee, as prescribed by Presidential Decree.

Article 15 (Re-Examinations)

(1) The head of a central administrative agency may request the Committee to conduct re-examination, as prescribed by Presidential Decree, if he/she has objections to the findings of the examination by the Committee, or has special circumstances deemed difficult for him/her to take a measure as recommended by the Committee.

(2) When the Committee is requested for the re-examination under paragraph (1), it shall complete the re-examination within 15 days from the date on which such request is made, and notify the head of the relevant central administrative agency of its findings.

(3) Article 14 shall apply mutatis mutandis to the re-examination under paragraph (2).

Article 16 (Compliance with Examination Procedures)

(1) The head of a central administrative agency shall not establish a new regulation or reinforce existing regulations without undergoing the examination by the Committee.

(2) When requesting for the examination of a legislative bill which includes a regulation to be established or reinforced to the Minister of Government Legislation, the head of a central administrative agency shall include an examination opinion of the Committee on the regulation in question to the Minister of Government Legislation. The same shall apply to cases of presenting a legislative bill to the State Council.

Article 17 (Submission of Opinions)

(1) Anyone may submit his/her opinion(s) on the abolishment or amendment (hereinafter referred to as "revision") of an existing regulation to the Committee.

(2) Necessary matters for the method and procedures of submitting opinions under paragraph (1) shall be determined by Presidential Decree.

Article 18 (Examinations of Existing Regulations)

(1) The Committee may review revision of existing regulations in any of the following cases: *<Amended by Act No. 7797, Dec. 29, 2005; Act No. 9965, Jan. 25, 2010>*

1. Where the Committee has acknowledged the need to review an opinion submitted under Article 17;
2. Deleted; *<by Act No. 9532, Mar. 25, 2009>*
3. Where the Committee has acknowledged the need for a review of a specific existing regulation after gathering the opinions of interested parties, experts, etc.

(2) Articles 14 and 15 shall be applicable mutatis mutandis to examinations under paragraph (1). *<Amended by Act No. 9965, Jan. 25, 2010>*

Article 19 (Independent Revision of Existing Regulations)

(1) The head of a central administrative agency shall annually select regulations under his/her jurisdiction which require revision and revise them, after gathering the opinions of interested parties, experts, etc. on those existing regulations.

(2) The head of a central administrative agency shall submit the results of the revision under paragraph (1) to

the Committee, as prescribed by Presidential Decree.

Article 19-2 (Stipulation of Effective Period and Review Period of Existing Regulations)

(1) The head of a central administrative agency shall stipulate in the relevant Acts and subordinate statutes the effective period or review period of regulations proved to have no evident grounds to remain in force after an examination on the existing regulations.

(2) Regarding the stipulation of the effective period or review period of the existing regulations pursuant to paragraph (1), Article 8 (2) through (5) shall be applied mutatis mutandis.

Article 20 (Establishment of Comprehensive Plan to Revise Regulations)

(1) The Committee shall select the field of regulations or specific regulations in force requiring priority revision each year, prepare the revision guidelines of existing regulations, and notify the head of a central administrative agency thereof, following the resolution of the Committee. In such cases, the Committee may, if deemed necessary, set a deadline for the revision of a specific regulation in force in the revision guidelines.

(2) The head of a central administrative agency shall establish a revision plan for regulations under his/her jurisdiction according to the revision guidelines under paragraph (1), and submit it to the Committee.

(3) The Committee shall establish a comprehensive plan for regulation revision of the Government by integrating a regulation revision plan of each central administrative agency under paragraph (2), and shall announce the details thereof after reporting to the President following deliberation by the State Council.

(4) The method and procedure of establishing and announcing the comprehensive plan for regulation revision shall be prescribed by Presidential Decree.

Article 21 (Implementation of Comprehensive Plan for Regulation Revision)

(1) The head of a central administrative agency shall revise regulations in force under his/her jurisdiction according to the Government's comprehensive plan for regulation revision established and announced under Article 20, and shall submit the results to the Committee, as prescribed by Presidential Decree.

(2) The head of a central administrative agency shall complete adjusting the existing regulations having deadlines determined and notified by the Committee pursuant to the latter part of Article 20 (1) by the specified deadline, and shall notify the Committee of the results: Provided, That if the head of the central administrative agency fails to complete the revision by the deadline set by the Committee, he/she shall immediately submit, to the Committee, the revision plan of the existing regulations specifically stating the grounds therefor, and shall notify the Committee of the results after completing the revision thereof.

Article 22 (Organizational Restructuring, etc.)

(1) The Committee shall notify the heads of the central administrative agencies that take charge of governmental organizations and budgets when the revision of an existing regulation is complete.

(2) The head of the relevant central administrative agency in receipt of the notification under paragraph (1) shall devise a plan for the rationalization of the governmental organizations or the budget in accordance with the revision of an existing regulation.

Article 23 (Establishment)

A Regulatory Reform Committee shall be established under the jurisdiction of the President to deliberate upon and coordinate the Government's regulation policies as well as to comprehensively carry out matters concerning the examination, revision, etc. of regulations.

Article 24 (Functions)

The Committee shall deliberate upon and coordinate the following matters:

1. Matters concerning basic direction-setting for regulation policy as well as research and development of regulatory system;
2. Matters concerning the examination of establishing and reinforcing new or existing regulations;
3. Matters concerning the examination of existing regulations, and establishment and implementation of a comprehensive plan for regulatory revision;
4. Matters concerning the registration and announcement of regulations;
5. Matters concerning hearing and dealing with opinions on regulatory revision;
6. Matters concerning the inspection and evaluation of the actual condition of regulatory revision conducted by each level of administrative agencies;
7. Other matters deemed by the chairperson of the Committee as requiring deliberation and coordination by the Committee.

Article 25 (Composition, etc.)

- (1) The Committee shall be comprised of not less than 20, but not more than 25 members, including two chairpersons of the Committee.
- (2) The Prime Minister and the person commissioned by the President, from among those who have extensive knowledge and experience, shall be the chairpersons of the Committee.
- (3) The members of the Committee shall be those commissioned by the President, from among those who have extensive knowledge and experience, and public officials prescribed by Presidential Decree. In such cases, members who are not public officials shall comprise a majority of the total members of the Committee.
- (4) The Committee shall have an executive secretary who is appointed by the chairperson who is not the Prime Minister, from among members who are not public officials.
- (5) The term of office of members who are not public officials shall be two years, and they may be reappointed only once.
- (6) If both chairpersons of the Committee are unable to perform their duties due to unavoidable circumstances, the member designated by the Prime Minister shall act on behalf of the chairpersons.

Article 26 (Quorum)

Meetings of the Committee shall adopt resolutions by the affirmative vote of a majority of all incumbent members.

Article 27 (Guarantee of Status as Members)

No member shall be subject to dismissal or removal from his/her office against his/her own will, except any case under the following subparagraphs:

1. Where he/she is sentenced to imprisonment without labor or heavier punishment;
2. Where he/she is unable to carry out his/her duties due to long-term mental or physical breakdown.

Article 28 (Subcommittees)

- (1) Subcommittees for each field may be established under the Committee for the efficient management of its affairs.
- (2) That which has been deliberated upon and resolved by a subcommittee concerning matters delegated to the subcommittees by the Committee shall be deemed to have been deliberated upon and resolved by the Committee.

Article 29 (Expert Members, etc. of Committee)

The Committee may have expert members and researchers who take charge of professional investigation and research concerning its affairs.

Article 30 (Investigation, Hearing of Opinion, etc.)

(1) The Committee may take any of the following measures, if deemed necessary for carrying out its functions under Article 24:

1. Request for the explanation or presentation of data or documentation to the relevant administrative agency;
2. Request for the attendance and statements of opinion by interested parties, reference persons, or public officials concerned;
3. On-site investigation of relevant administrative agencies, etc.

(2) The head of a relevant administrative agency may require public officials under his/her control or relevant experts to attend the Committee and to state their opinions or submit necessary data, in respect of the examination, etc. of regulations.

Article 31 (Dealing with Affairs, etc. of Committee)

- (1) A specialized secretariat shall be established under the Committee to deal with the Committee's affairs.
- (2) The Committee may designate a specialized research institution to support its specialized examination tasks.

Article 32 (Legal Fiction as Public Officials in Application of Penal Provisions)

Members, expert members and researchers who are not public officials, among the members of the Committee, shall be deemed public officials in the application of penal provisions under the Criminal Act and other Acts.

Article 33 (Organization and Management)

In addition to those provided for in this Act, necessary matters for the organization, management, etc. of the Committee shall be prescribed by Presidential Decree.

Article 34 (Inspection and Evaluation of Regulatory Improvement)

- (1) The Committee shall verify and inspect the improvement and actual operational conditions of regulations of each administrative agency for the effective regulatory improvement.
- (2) The Committee shall evaluate the findings of the verification and inspection under paragraph (1) and report thereon to the President and the State Council.
- (3) The Committee may request that relevant specialized institutions conduct public opinion surveys for objectively carrying out the verification, inspection and evaluation under paragraphs (1) and (2).
- (4) If the Committee deems that regulatory improvement has been passive or not implemented appropriately based on the results of its verification, inspection and evaluation under paragraphs (1) and (2), it may suggest the necessary measures for the revision thereof to the President.

Article 35 (White Paper on Regulatory Reform)

The Committee shall annually publish and promulgate a white paper regarding the status of major governmental regulatory reform issues to citizens.

Article 36 (Administrative Support, etc.)

The Minister of the Office for Government Policy Coordination shall study regulation-related systems and

provide the necessary support for the management of the Committee. *<Amended by Act No. 11690, Mar. 23, 2013>*

Article 37 (Responsibilities, etc. of Public Officials)

(1) Public officials shall not be subject to any disadvantageous disposition or unfair treatment because of the negative outcomes of regulatory improvement affairs which they have promoted, where negative consequences are unintentional or there has been no gross negligence.

(2) The head of a central administrative agency shall award a prize or grant preferential treatment in personnel management to public officials who have made distinguished contributions to the promotion of regulatory improvement.

ADDENDA

Article 1 (Enforcement Date)

This Act shall enter into force on the date determined by Presidential Decree within one-year period after the date of its promulgation.

Article 2 (Repeal of other Acts)

The Administrative Regulation and Management Act (Act No. 4735) is abolished.

Article 3 (Special Case for Independent Improvement of Existing Regulations as at Time This Act Enters into Force)

(1) The head of a central administrative agency shall draw up and implement a year-by-year plan for improvement of all regulations under his/her jurisdiction as at the time this Act enters into force by December 31 of the fifth year from the time this Act enters into force, as prescribed by Presidential Decree, and this shall take the place of independent improvement of existing regulations under Article 19.

(2) The head of a central administrative agency shall submit a year-by-year improvement plan and the results of implementation to the Committee under paragraph (1), as prescribed by Presidential Decree.

Article 4 (Re-examination of Directives and Public Notices)

(1) The head of a central administrative agency or the head of a local government shall re-examine within one year after this Act enters into force the regulations provided for in the directives, establishment rules, guidelines, and public notices that are being implemented to determine whether they are based on Acts and subordinate statutes, Municipal Ordinances or Municipal Rules, under Article 4.

(2) After re-examination under paragraph (1), the head of a central administrative agency or the head of a local government shall promptly abolish or prescribe the basis in relevant Acts and subordinate statutes, Municipal Ordinances or Municipal Rules for regulations provided in directives, established rules, guidelines, or public notices that are not based on Acts and subordinate statutes, Municipal Ordinances or Municipal Rules under Article 4.

Article 5 Omitted.

ADDENDA *<Act No. 5529, Feb. 28, 1998>*

Article 1 (Enforcement Date)

This Act shall enter into force on the date of its promulgation. (Proviso Omitted.)

Articles 2 through 7 Omitted.

ADDENDUM <Act No. 7797, Dec. 29, 2005>

This Act shall enter into force six months after the date of its promulgation.

ADDENDA <Act No. 8852, Feb. 29, 2008>

Article 1 (Enforcement Date)

This Act shall enter into force on the date of its promulgation. (Proviso Omitted.)

Articles 2 through 7 Omitted.

ADDENDA <Act No. 9532, Mar. 25, 2009>

Article 1 (Enforcement Date)

This Act shall enter into force on the date of its promulgation.

Articles 2 and 3 Omitted.

ADDENDUM <Act No. 9965, Jan. 25, 2010>

This Act shall enter into force six months after the date of its promulgation.

ADDENDA <Act No. 11690, Mar. 23, 2013>

Article 1 (Enforcement Date)

(1) This Act shall enter into force on the date of its promulgation.

(2) Omitted.

Articles 2 through 7 Omitted.

ADDENDUM <Act No. 11935, Jul. 16, 2013>

This Act shall enter into fore one month after the date of its promulgation.

ADDENDUM <Act No. 13329, May 18, 2015>

This Act shall enter into force on the date of its promulgation.

ADDENDA <Act No. 14184, May 29, 2016>

Article 1 (Enforcement Date)

This Act shall enter into force six months after the date of its promulgation.

Article 2 Omitted.

ภาคผนวก ๔

คำแปลภาษาไทย

Framework Act on Administrative Regulations 1997

พระราชบัญญัติว่าด้วยแนวทางการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร ค.ศ. ๑๙๙๗

พระราชบัญญัติ
ว่าด้วยแนวทางการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร (สาธารณรัฐเกาหลี)
Framework Act on Administrative Regulations 1997
(แก้ไขครั้งสุดท้ายโดย Act no. 14184, 29 May 2016) *

พระราชบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาคุณภาพชีวิตของประชาชนและเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างยั่งยืน โดยการกำหนดหลักเกณฑ์ในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารให้เอื้อต่อภาคประชาสังคมและธุรกิจในการควบคุมกิจกรรมของตนเอง การยกเลิกกฎหมายที่หมดความจำเป็น และการปรับปรุงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ให้มีประสิทธิภาพ

เนื้อหาของพระราชบัญญัตินี้ แบ่งออกเป็น ๕ ส่วน คือ บททั่วไป หลักการและเกณฑ์การจัดทำกฎหมายและการปรับปรุงกฎหมาย การทบทวนกฎหมาย คณะกรรมการ Regulatory Reform Committee (RRC) และบทเพิ่มเติม

หมวด ๑
บททั่วไป

บทนิยาม ในพระราชบัญญัตินี้

- “กฎหมาย (Administrative regulations)” หมายความว่า พระราชบัญญัติ กฎที่ออกโดยประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรี (Presidential Decrees and Ordinance of Prime Minister) กฎกระทรวง อนุบัญญัติ ข้อบัญญัติท้องถิ่น หรือกฎเกณฑ์อื่นใดที่ออกตามความในกฎหมายแม่บทที่มีลักษณะจำกัดสิทธิเสรีภาพหรือกำหนดหน้าที่ของประชาชน ทั้งนี้ การกำหนดสาระสำคัญของกฎหมายที่อยู่ภายใต้กระบวนการในพระราชบัญญัตินี้ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎที่ออกโดยประธานาธิบดี

“การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย” (RIA) หมายความว่า การคาดการณ์และวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายที่มีต่อชีวิตประจำวันของประชาชน สังคม เศรษฐกิจ การปกครอง และในด้านอื่น ๆ โดยใช้เกณฑ์ทางวิชาการที่เป็นกลางและเป็นวิทยาศาสตร์ (objective and scientific means) เพื่อนำมาใช้ในการพิจารณาความเหมาะสมของกฎหมายแต่ละฉบับ

ขอบเขตการใช้บังคับ

พระราชบัญญัตินี้ ไม่ใช้บังคับกับกฎหมายที่มีสาระสำคัญในเรื่องดังต่อไปนี้ (มาตรา ๓)

- (๑) การกิจ หน้าที่และอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการ คณะกรรมการการเลือกตั้ง และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน
- (๒) ความผิดทางอาญา และกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
- (๓) มาตรการด้านความมั่นคง
- (๔) ยุทธศาสตร์ทางทหาร การรับราชการทหาร และการรักษาความลับทางทหาร
- (๕) การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน การป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย
- (๖) มาตรการทางภาษี

* แปลและเรียบเรียงโดยกองพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (๑ สิงหาคม ๒๕๖๐)

สำหรับรัฐบาลท้องถิ่น ให้ดำเนินการตามพระราชบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการออก การปรับปรุง และการทบทวนกฎหมายของท้องถิ่น การรวบรวมจัดทำฐานข้อมูลกฎหมาย การประกาศใช้ กฎหมาย (promulgation) และให้ดำเนินการจัดตั้งองค์กรเพื่อการทบทวนกฎหมายดังกล่าว

หลักเกณฑ์ในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร

(๑) กฎหมายของฝ่ายบริหารที่มีบทบัญญัติจำกัดสิทธิเสรีภาพหรือกำหนดหน้าที่ของประชาชน จะต้องอยู่ภายใต้กรอบที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้เท่านั้น

(๒) ในการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร รัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องเคารพสิทธิ เสรีภาพของประชาชน และคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน ความเป็นกลาง โปร่งใส และเป็นธรรม เพื่อคุ้มครอง ชีวิต สิทธิมนุษยชน สุขภาพอนามัย และสภาพแวดล้อมของประชาชน รวมถึงต้องคำนึงถึงความปลอดภัยทาง อาหารและสินค้าทางการแพทย์

การจัดทำฐานข้อมูลกฎหมายและการประกาศเผยแพร่กฎหมาย

หัวหน้าหน่วยงานของรัฐต้องนำกฎหมายซึ่งอยู่ภายใต้รักษาการของตนไปลงทะเบียนต่อ RRC

(๑) ให้ RRC รวบรวมรายชื่อกฎหมายที่ได้ลงทะเบียนแล้วในฐานข้อมูลกฎหมาย และเสนอต่อ รัฐสภาภายในเดือนมิถุนายนของทุกปี

(๒) หาก RRC ตรวจสอบพบว่ากฎหมายใดที่ยังมิได้ลงทะเบียน ให้ RRC สั่งให้หัวหน้าหน่วยงาน ของรัฐที่เกี่ยวข้องดำเนินการลงทะเบียน หรือเสนอแผนการทบทวนเพื่อยกเลิกกฎหมาย ทั้งนี้ หัวหน้า หน่วยงานของรัฐจะต้องปฏิบัติตามแผนการทบทวนดังกล่าว เว้นแต่เป็นกรณีที่มีสถานการณ์พิเศษที่ทำให้ไม่ อาจดำเนินการได้

(๓) รายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการ และกระบวนการต่าง ๆ ในการลงทะเบียนและการประกาศ รายชื่อกฎหมายตาม (๑) และ (๒) ให้กำหนดไว้ในกฎที่ออกโดยประธานาธิบดี

หมวด ๒

หลักการและเกณฑ์การจัดทำกฎหมายและการปรับปรุงกฎหมาย

เมื่อหัวหน้าหน่วยงานของรัฐประสงค์จะร่างกฎหมายขึ้นใหม่หรือปรับปรุงกฎหมายที่บังคับใช้ อยู่ในปัจจุบัน จะต้องดำเนินการดังต่อไปนี้

ก. การรับฟังความเห็นสาธารณะ

หน่วยงานจะต้องประกาศให้สาธารณชนทราบล่วงหน้าและเปิดรับฟังความคิดเห็นจากหน่วยงาน ภาครัฐ ภาคประชาสังคม ผู้มีส่วนได้เสีย สถาบันวิจัย ผู้เชี่ยวชาญ ตลอดจนบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง

ข. การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย (RIA)

หน่วยงานจะต้องดำเนินการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายและจัดทำรายงาน เสนอต่อ RRC ก่อนที่จะเสนอร่างกฎหมายนั้นต่อคณะรัฐมนตรี

การจัดทำ RIA หน่วยงานจะต้องพิจารณาประเด็นต่อไปนี้

(๑) ความจำเป็นในการมีกฎหมาย

(๒) ความเป็นไปได้ของการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์

(๓) ความซ้ำซ้อนกับกฎหมายที่มีอยู่ และความซ้ำซ้อนกับภารกิจอื่นของรัฐที่ดำเนินการ

- (๔) การวิเคราะห์เปรียบเทียบต้นทุนในการดำเนินการกับผลประโยชน์ที่ประชาชนหรือกลุ่มเป้าหมายจะได้รับจากการบังคับใช้กฎหมาย
- (๕) ผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม
- (๖) ปัจจัยที่อาจส่งผลให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจ
- (๗) ความเป็นกลางและความชัดเจนของร่างกฎหมาย
- (๘) การบริหารราชการแผ่นดิน การจัดอัตรากำลัง งบประมาณ และทรัพยากรอื่น ๆ เพื่อบังคับใช้กฎหมาย
- (๙) ความเหมาะสมของกระบวนการในการบังคับใช้กฎหมาย การเรียกเอกสารในกรณีที่เกี่ยวข้องกับประชาชน

หัวหน้าหน่วยงานของรัฐจะต้องเผยแพร่รายงานการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายต่อสาธารณะ (public general announcement) เป็นเวลาอย่างน้อย ๒๕ วันแต่ไม่เกิน ๔๕ วัน ในการนี้ จะต้องนำความคิดเห็นที่ได้รับมาปรับปรุงรายงานดังกล่าวและแจ้งผลการดำเนินการไปยังผู้ที่แสดงความคิดเห็นด้วย

ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐกำหนดเนื้อหา ขอบเขต และกระบวนการในร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับผลที่ได้รับจากการจัดทำ RIA และจัดให้มีการตรวจสอบทบทวนรายงาน RIA อย่างอิสระ (independent examination) เพื่อรับรองความถูกต้องและความเหมาะสมของรายงานและร่างกฎหมาย โดยอาจแสดงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญไว้ในรายงานดังกล่าวด้วยก็ได้

วิธีการและขั้นตอนในการจัดทำ RIA คู่มือการเตรียม RIA และวิธีการเผยแพร่รายงานต่อสาธารณะ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎที่ออกโดยประธานาธิบดี

การตรวจสอบร่างกฎหมาย

ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐร้องขอต่อ RRC เพื่อให้ดำเนินการตรวจสอบร่างกฎหมาย โดยคำร้องขอให้ตรวจสอบร่างกฎหมายดังกล่าวจะต้องประกอบด้วย

- (๑) ร่างกฎหมาย
- (๒) รายงาน RIA
- (๓) รายงานผลการตรวจสอบอิสระ
- (๔) รายงานสรุปผลการรับฟังความคิดเห็น

การตรวจสอบร่างกฎหมายเบื้องต้น (Preliminary examination) และการตรวจสอบเชิงลึก โดย RRC

RRC จะพิจารณาในเบื้องต้นว่าร่างกฎหมายนั้นเป็นร่างกฎหมายสำคัญที่จะต้องทำการตรวจสอบในเชิงลึกหรือไม่ภายใน ๑๐ วันหลังจากได้รับคำร้อง โดยจะต้องพิจารณาจากระดับของผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อการดำเนินกิจกรรมทางสังคมและเศรษฐกิจของประชาชน หาก RRC พิจารณาแล้วเห็นว่ามีใช้ร่างกฎหมายที่สำคัญ ให้กระบวนการตรวจสอบร่างกฎหมายโดย RRC สิ้นสุดลง

ในกรณีที่ RRC พิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นร่างกฎหมายสำคัญ RRC จะต้องดำเนินการตรวจสอบในเชิงลึกให้แล้วเสร็จภายใน ๔๕ วัน ในกรณีที่จำเป็นระยะเวลาดังกล่าวอาจขยายได้ไม่เกิน ๑๕ วัน

ในการตรวจสอบในเชิงลึกจะต้องพิจารณาถึงความถูกต้องและเหมาะสมของผลการตรวจสอบอิสระทั้งในด้านข้อมูลและวิธีการ ในการนี้ RRC มีอำนาจเรียกเอกสารอื่น ๆ เพิ่มเติมจากหน่วยงานของรัฐเพื่อประกอบการพิจารณาได้

ให้ RRC แจ้งผลการตรวจสอบไปยังหน่วยงานของรัฐที่เสนอร่างกฎหมาย ในการนี้ RRC อาจแนะนำให้หน่วยงานของรัฐนั้นถอนการเสนอร่างกฎหมายหรือปรับปรุงร่างกฎหมายของหน่วยงานของรัฐตามที่เห็นสมควร หน่วยงานของรัฐจะต้องปฏิบัติตามคำแนะนำดังกล่าวและแจ้งผลการดำเนินการกลับมายัง RRC

ในกรณีที่หน่วยงานผู้เสนอกฎหมายไม่เห็นด้วยกับผลการตรวจสอบของ RRC หรือไม่สามารถปฏิบัติตามข้อเสนอของ RRC ได้ หน่วยงานนั้นอาจอุทธรณ์ต่อ RRC เพื่อให้ดำเนินการตรวจสอบร่างกฎหมายอีกครั้งหนึ่งได้ การตรวจสอบดังกล่าวจะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน ๑๕ วันนับจากวันที่ได้รับอุทธรณ์

ร่างกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ หน่วยงานของรัฐจะต้องยื่นผลการตรวจสอบของ RRC ต่อ Ministry of Government Legislation (MOLEG) และ State Council เพื่อประกอบการพิจารณาร่างกฎหมายด้วย

การตรวจสอบร่างกฎหมายที่มีความเร่งด่วน

ในกรณีที่มีเหตุพิเศษที่จะต้องตรากฎหมายโดยเร่งด่วน หน่วยงานของรัฐจะยื่นคำร้องต่อ RRC เพื่อขอยกเว้นการจัดทำ RIA การรับฟังความคิดเห็น และการตรวจสอบเบื้องต้น (Preliminary examination) ได้

RRC จะต้องตรวจสอบเหตุผลในการออกกฎหมายหรือปรับปรุงกฎหมายนั้นภายใน ๒๐ วัน หากเห็นว่าเป็นกรณีที่จะต้องตรากฎหมายโดยเร่งด่วนจริง ให้แจ้งผลไปยังหัวหน้าหน่วยงานของรัฐดังกล่าว เพื่อให้ดำเนินการเสนอร่างกฎหมายต่อไป อย่างไรก็ตาม หัวหน้าหน่วยงานของรัฐนั้นจะต้องจัดทำ RIA ให้แล้วเสร็จภายใน ๖๐ วันหลังจากได้รับแจ้งผลการพิจารณาของ RRC

ในกรณีที่ RRC พิจารณาแล้วเห็นว่าไม่ใช่กรณีที่จำเป็นต้องตรากฎหมายโดยเร่งด่วน RRC สามารถสั่งให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการตามขั้นตอนปกติได้

หมวด ๓

การทบทวนกฎหมาย

การกำหนดเวลาบังคับใช้กฎหมาย

ในการยกร่างกฎหมายขึ้นใหม่หรือปรับปรุงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ หน่วยงานของรัฐจะต้องกำหนดระยะเวลาเพื่อบังคับใช้กฎหมายให้บรรลุวัตถุประสงค์และกำหนดเวลาในการทบทวนกฎหมายไว้ในร่างกฎหมายรวมทั้งในกฎหมายลำดับรองด้วย กำหนดเวลาดังกล่าวไม่ควรเกิน ๕ ปี

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นควรขยายระยะเวลาบังคับใช้หรือระยะเวลาทบทวนกฎหมาย จะต้องจัดทำร่างกฎหมายเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาแก้ไขระยะเวลาดังกล่าว ในการนี้ จะต้องดำเนินการภายใน ๓ เดือนก่อนครบกำหนดระยะเวลาการใช้บังคับหรือทบทวนกฎหมายดังกล่าว

หน่วยงานของรัฐจะต้องเริ่มดำเนินการทบทวนหรือปรับปรุงกฎหมายและยื่นร่างกฎหมายให้ RRC ตรวจสอบ ภายใน ๖ เดือนก่อนครบกำหนดระยะเวลาการใช้บังคับหรือทบทวนกฎหมายตามวรรคหนึ่ง

การทบทวนเพื่อปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมายรายฉบับ

ก. การเสนอให้มีการยกเลิกหรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายโดยประชาชน (มาตรา ๑๗)

บุคคลมีสิทธิเสนอความเห็นต่อ RRC ให้มีการยกเลิกหรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่
ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎที่ออกโดยประธานาธิบดี

ข. การทบทวนกฎหมายโดย RRC

RRC อาจดำเนินการทบทวนกฎหมายได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(๑) เมื่อ RRC ได้รับข้อเสนอจากประชาชนให้มีการยกเลิกหรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่ใช้บังคับ
อยู่ (ตามข้อ ก.)

(๒) เมื่อ RRC พบว่ามีความจำเป็นต้องทบทวนกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง หลังจากที่ได้รวบรวม
ความคิดเห็นจากผู้มีส่วนได้เสีย ผู้เชี่ยวชาญ และบุคคลที่เกี่ยวข้องแล้ว

ค. การทบทวนกฎหมายโดยหน่วยงานของรัฐ

ในแต่ละปีหน่วยงานของรัฐจะต้องทบทวนกฎหมายที่เห็นว่าจำเป็นจะต้องมีการยกเลิกหรือ
ปรับปรุงแก้ไข ในการดังกล่าวจะต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสีย ผู้เชี่ยวชาญ และบุคคล
ที่เกี่ยวข้องประกอบการพิจารณาด้วย

ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐส่งผลการทบทวนกฎหมายดังกล่าวไปยัง RRC ตามหลักเกณฑ์ที่
กำหนดในกฎที่ออกโดยประธานาธิบดี

แผนการทบทวนกฎหมายประจำปี

ในแต่ละปีให้ RRC ระบุกฎหมายหรือสาขาของกฎหมายที่สมควรทบทวนและจัดทำคู่มือการ
ทบทวนกฎหมายสำหรับสาขาดังกล่าว แล้วแจ้งให้หน่วยงานของรัฐผู้รับผิดชอบกฎหมายที่เกี่ยวข้องทราบ
ในการดังกล่าว RRC อาจกำหนดระยะเวลาดำเนินการทบทวนกฎหมายบางฉบับไว้ในคู่มือการทบทวน
กฎหมาย ตามที่เห็นสมควร

หัวหน้าหน่วยงานของรัฐจะต้องจัดทำแผนการทบทวนกฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบ
ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในคู่มือการทบทวนกฎหมายของ RRC และเสนอต่อ RRC

ให้ RRC รวบรวมแผนการทบทวนของแต่ละหน่วยงาน เพื่อจัดทำเป็นแผนการทบทวนกฎหมาย
ประจำปีของรัฐบาล เสนอต่อ State Council เพื่อพิจารณาก่อนที่จะรายงานต่อประธานาธิบดี

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการจัดทำและประกาศแผนการทบทวนกฎหมายประจำปี
ให้เป็นไปตามกำหนดในกฎที่ออกโดยประธานาธิบดี

การดำเนินการตามแผนการทบทวนกฎหมายประจำปี

ให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการทบทวนกฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบตามแผนการทบทวน
กฎหมายประจำปีของรัฐบาลที่ RRC จัดทำขึ้น ภายในระยะเวลาที่ RRC กำหนด และรายงานผลการทบทวน
ดังกล่าวต่อ RRC

เมื่อได้ดำเนินการทบทวนกฎหมายจนเสร็จสิ้นแล้ว ให้ RRC แจ้งไปยังกระทรวงที่กำกับดูแล
หน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบกฎหมายนั้น เพื่อจัดเตรียมแผนในการปรับปรุงองค์กรหรือจัดสรรงบประมาณ
สำหรับรองรับการบังคับใช้กฎหมายที่ทบทวนแล้วต่อไป

หมวด ๔

RRC

องค์ประกอบของคณะกรรมการ

RRC ประกอบด้วยนายกรัฐมนตรีและกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่ประธานาธิบดีแต่งตั้งจำนวนไม่น้อยกว่า ๒๐ คนแต่ไม่เกิน ๒๕ คน

ให้นายกรัฐมนตรีและผู้ทรงคุณวุฒิจากภาคเอกชนคนหนึ่งเป็นประธานกรรมการร่วมกัน

ประธานาธิบดีแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจากข้าราชการและผู้เชี่ยวชาญที่มาจากภาคเอกชนซึ่งมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎที่ออกโดยประธานาธิบดี ทั้งนี้ จะต้องมียานกรรมการที่มาจากภาคเอกชนเกินกึ่งหนึ่ง

กรรมการซึ่งมิใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีวาระการดำรงตำแหน่ง ๒ ปี และดำรงตำแหน่งได้ไม่เกิน ๒ วาระ

ในกรณีที่ประธาน RRC ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้นายกรัฐมนตรีมอบหมายกรรมการท่านอื่นเพื่อทำหน้าที่ประธานการประชุมแทน

การลงมติของ RRC ให้ถือเสียงข้างมากของจำนวนสมาชิกที่มีอยู่

กรรมการพัฒนากฎหมายไม่อาจถูกปลดออกจากตำแหน่งโดยไม่ได้รับความยินยอม เว้นแต่เป็นกรณีที่ต้องคำพิพากษาให้จำคุกหรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้เนื่องจากปัญหาด้านสุขภาพ

ให้มีหน่วยงานเลขานุการเพื่อสนับสนุนการทำงานของ RRC

หน้าที่ของคณะกรรมการ

RRC มีหน้าที่ให้คำปรึกษาและประสานงานเกี่ยวกับนโยบายด้านกฎหมายของรัฐบาล รวมถึงตรวจสอบการจัดทำและการทบทวนกฎหมาย มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

- (๑) กำหนดทิศทางของนโยบายด้านกฎหมาย การวิจัย และพัฒนากฎหมาย
- (๒) ตรวจสอบการร่างกฎหมายและการปรับปรุงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่
- (๓) จัดให้มีและพัฒนาแผนการทบทวนกฎหมาย
- (๔) จัดทำทะเบียนฐานข้อมูลกฎหมาย
- (๕) รับฟังความคิดเห็นและนำมาพิจารณาประกอบการทบทวนกฎหมาย
- (๖) ตรวจสอบและประเมินผลการทบทวนกฎหมายของหน่วยงานของรัฐในทุกระดับชั้น
- (๗) พิจารณาตัดสินหรือให้คำปรึกษาในเรื่องใดๆ ที่ประธาน RRC เห็นสมควร

อำนาจของคณะกรรมการ

ในการปฏิบัติหน้าที่ ให้ RRC มีหน้าที่และอำนาจดังต่อไปนี้ด้วย

- (๑) ขอให้หน่วยงานของรัฐส่งเอกสารและข้อมูลประกอบการปฏิบัติหน้าที่ของ RRC
- (๒) เชิญประชาชน กลุ่มผู้มีส่วนได้เสีย หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องเข้ามาชี้แจงข้อเท็จจริง
- (๓) ลงพื้นที่เพื่อสอบสวนหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง

คณะกรรมการและคณะผู้เชี่ยวชาญ

RRC อาจตั้งคณะกรรมการได้ ให้ถือว่ามติของคณะกรรมการเป็นมติของ RRC

RRC อาจมอบหมายอาจแต่งตั้งคณะผู้เชี่ยวชาญขึ้นเพื่อสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของ RRC ก็ได้

หมวด ๕

บทเพิ่มเติม

การตรวจสอบและประเมินผลการพัฒนากฎหมาย

RRC จะต้องตรวจสอบและประเมินผลการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนากฎหมายของหน่วยงานของรัฐแต่ละแห่ง แล้วรายงานผลดังกล่าวต่อประธานาธิบดี

หาก RRC พิจารณาแล้วเห็นว่ากฎหมายของหน่วยงานของรัฐไม่มีความก้าวหน้าหรือไม่เหมาะสม อาจเสนอมาตรการที่จำเป็นต่อประธานาธิบดีเพื่อให้หน่วยงานของรัฐปรับปรุงแก้ไขการดำเนินการได้

RRC อาจขอให้สถาบันที่มีความเชี่ยวชาญพิเศษจัดทำการรับฟังความคิดเห็น เพื่อใช้ประกอบการตรวจสอบและประเมินผลการพัฒนากฎหมายของหน่วยงานของรัฐก็ได้

White paper on Regulatory Reform

ให้ RRC จัดทำรายงานแสดงสถานะการดำเนินการพัฒนากฎหมายตามนโยบายของรัฐบาล เพื่อเผยแพร่ให้ประชาชนทราบ

ความรับผิดชอบและรางวัลของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องไม่ถูกปฏิบัติโดยไม่ชอบธรรมเพราะเหตุที่การดำเนินกระบวนการเพื่อพัฒนากฎหมายก่อให้เกิดความเสียหาย หากการดังกล่าวมิได้เกิดขึ้นโดยเจตนาหรือโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาให้รางวัลหรือความดีความชอบในการปฏิบัติราชการแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติหน้าที่เพื่อการพัฒนากฎหมายอย่างโดดเด่น

ภาคผนวก ๕

เอกสาร Overcoming the Challenges: Lessons from
Regulatory Reform in Korea

Overcoming the Challenges: Lessons from Regulatory Reform in Korea

July 20th, 2017, Bangkok
GIL HONG-KEUN



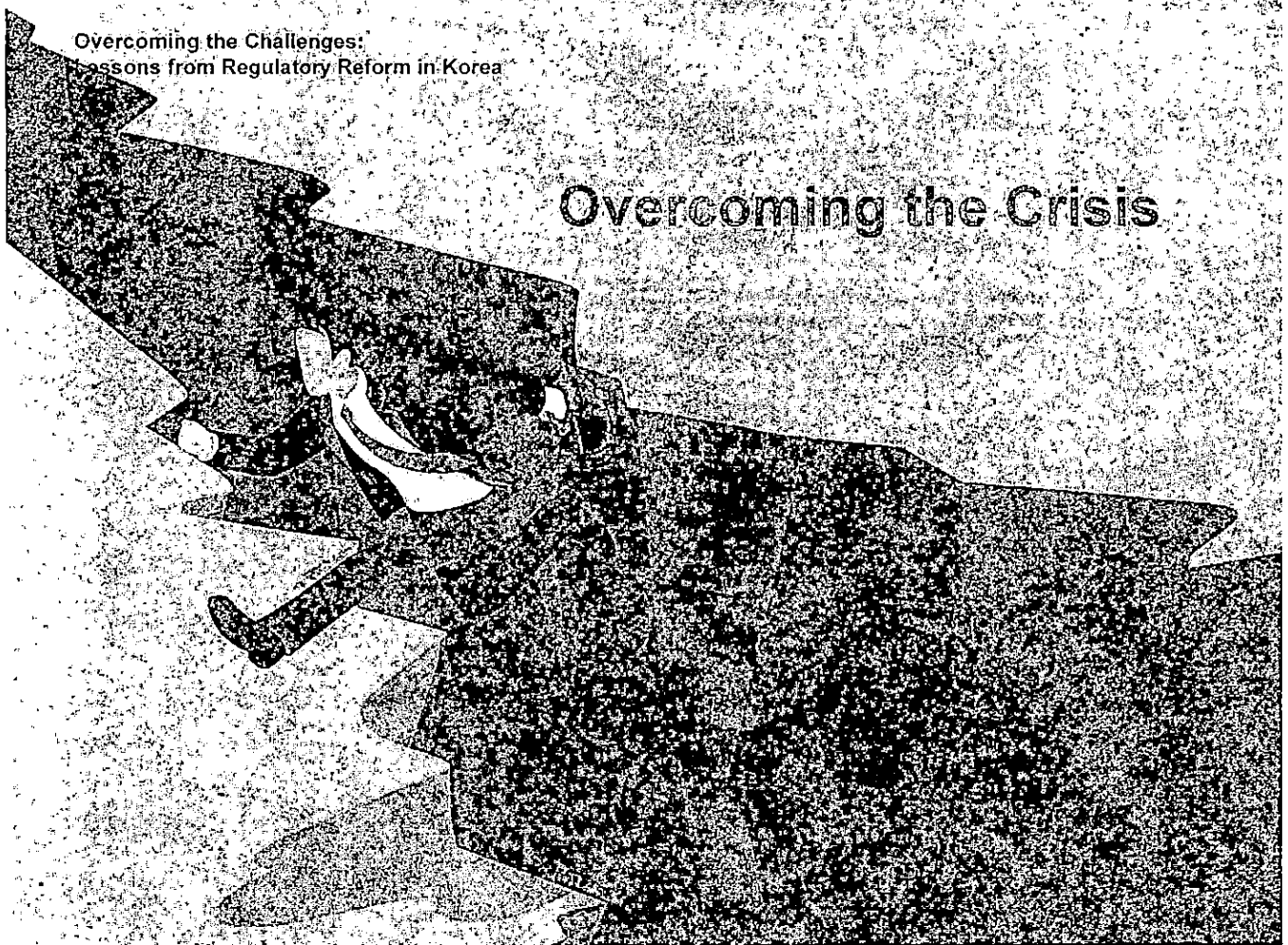
Prime Minister's Office
Republic of Korea

Contents

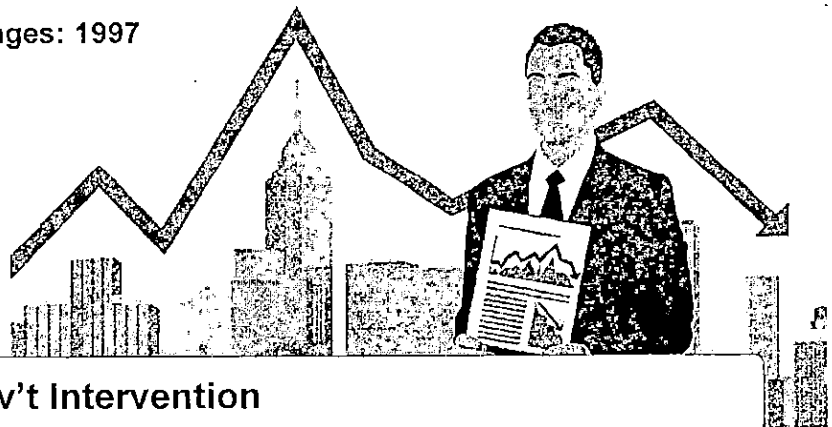
Overcoming the Challenges:
Lessons from Regulatory Reform in Korea

- ❖ Overcoming the Challenges: 1997 & 2009
- ❖ Challenges Ahead
- ❖ Strategies & Tools for Regulatory Reform
- ❖ Conclusion: Lessons from Reform

Overcoming the Crisis



Overcoming the Challenges: 1997



Growth Model by the Gov't Intervention

- ❑ Economic Growth 8% a year between 1963 and 1993
- ❑ Inefficiency and loss in competitiveness due to rapid regulation increase

1997 Financial Crisis

- ❑ Severe recession in 1998, with output falling by 7%
- ❑ Regulatory Reform along with Structural Reform and Market Opening as a new developmental strategy
- ❑ Stimulus Packages

Overcoming the Challenges: 1997

1998 Full-Scale Structural Reform

- ✦ Structural reform in Finance, Corporate, Labor, Public Sector
 - "Big deal" led to reorganization of businesses, unhealthy companies and financial institutions forced out of markets

Comprehensive Regulatory Reform

- ✦ "50% Reduction of the Existing Regulations" Drive
 - Guillotine Approach: RRC reduced the regulations by more than 50%

Institutional Setting

- ✦ Basic Act on Administrative Regulations (BAAR)
- ✦ Regulatory Reform Committee (RRC)
- ✦ Regulatory Reform Office (RRO)

5



Overcoming the Challenges: 1997

Obstacles in the way of Reform

- ✦ Groups severely affected by mass layoffs, wage cut, and increased poverty causing a social problem
- ✦ Organized opposition of vested interests who fell off hard in the wake of reform

How to overcome the obstacle

- ✦ Strong and committed political leadership laid foundation for successful structural reform
- ✦ Social consensus on structural reform
- ✦ Legal and institutional Framework for regulatory reform
- ✦ Enhance Transparency and Make business friendly Environment

Early Economic Recovery

- ✦ Account deficit decreased, the foreign currency reserve rising
- ✦ Repayment of IMF bail-out fund earlier than planned
- ✦ Improvement of external credibility of the nation

6



Overcoming the Challenges: 1997

OECD Reviews (2000 and 2006)

- ✦ Korea has made impressive progress in a very short time period implementing regulatory reform to streamline regulations, foster growth and competition

Performance Assessments

- ✦ The number of regulations fell from 10,554 in 1998, to 7,812 in 2003, to 5,112 in 2007
- ✦ The cost of establishing and operating a business have fallen drastically due to fewer administrative regulations.
- ✦ Simplified regulations have decreased the time and number of tasks necessary to establish a business by 40 percent and reduced administrative costs tenfold

7



Overcoming the Challenges: 2009

Early Economic Recovery

- ✦ GDP increased only by 0.7% in the bleak and uncertain global economy

Governmental Measures

- ✦ International Measures: Fiscal Expansion and International Cooperation
 - For the first time in history, countries around the world increased their budget spending and lowered interest rates altogether.
- ✦ Domestic Measures: Economic Stimulus Packages and Regulatory Reform
 - Economic Stimulus Packages including budget, finance and tax cuts
 - Temporary Regulatory Relief and the Regulatory Reform for New Growth Engine Industry

8

Overcoming the Challenges: 1997 & 2009

Comparison of Two Crises: 1997 vs 2009

	1997 Asian Economic Crisis	2009 Global Financial Crisis
Cause	Foreign-Exchange reserve shortage	- US subprime mortgage loan - Credit crunch
Measure	- Stimulus packages - Full-scale structural reform 50% reduction of regulation	- Stimulus packages - Structural reform in limited areas - TFR, Regulatory Reform of New growth engine industry - global collaboration
Effect	- Number of regulations: 11,125 → 5,685 - Jobs created: 680,000 (1999-2008) - FDI inflow: \$27 billion - Compliance cost reduction: \$15 billion (1.4% of GDP of 1997) - Administrative cost savings: \$0.5 billion	- Highest GDP growth rate among OECD members in the 2nd quarter 2009 (2.3%) 2.9% growth in the 3rd quarter - Trade Surplus \$34.6 billion, exceed \$40 billion for the whole year - Foreign Currency Reserve grew by \$43.7 billion, gains expected \$70 billion this year - total \$270 billion

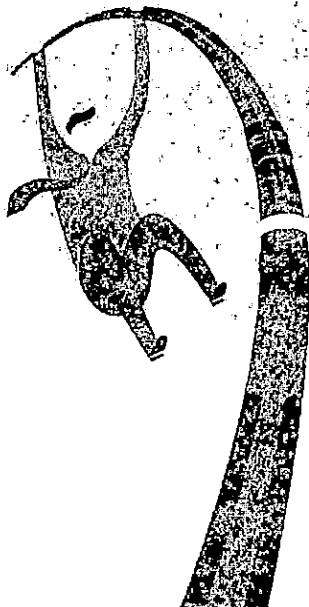
9

Overcoming the Challenges: Lessons from Regulatory Reform in Korea

Source: OECD, Regulatory Checklist for Korea



Challenges Ahead



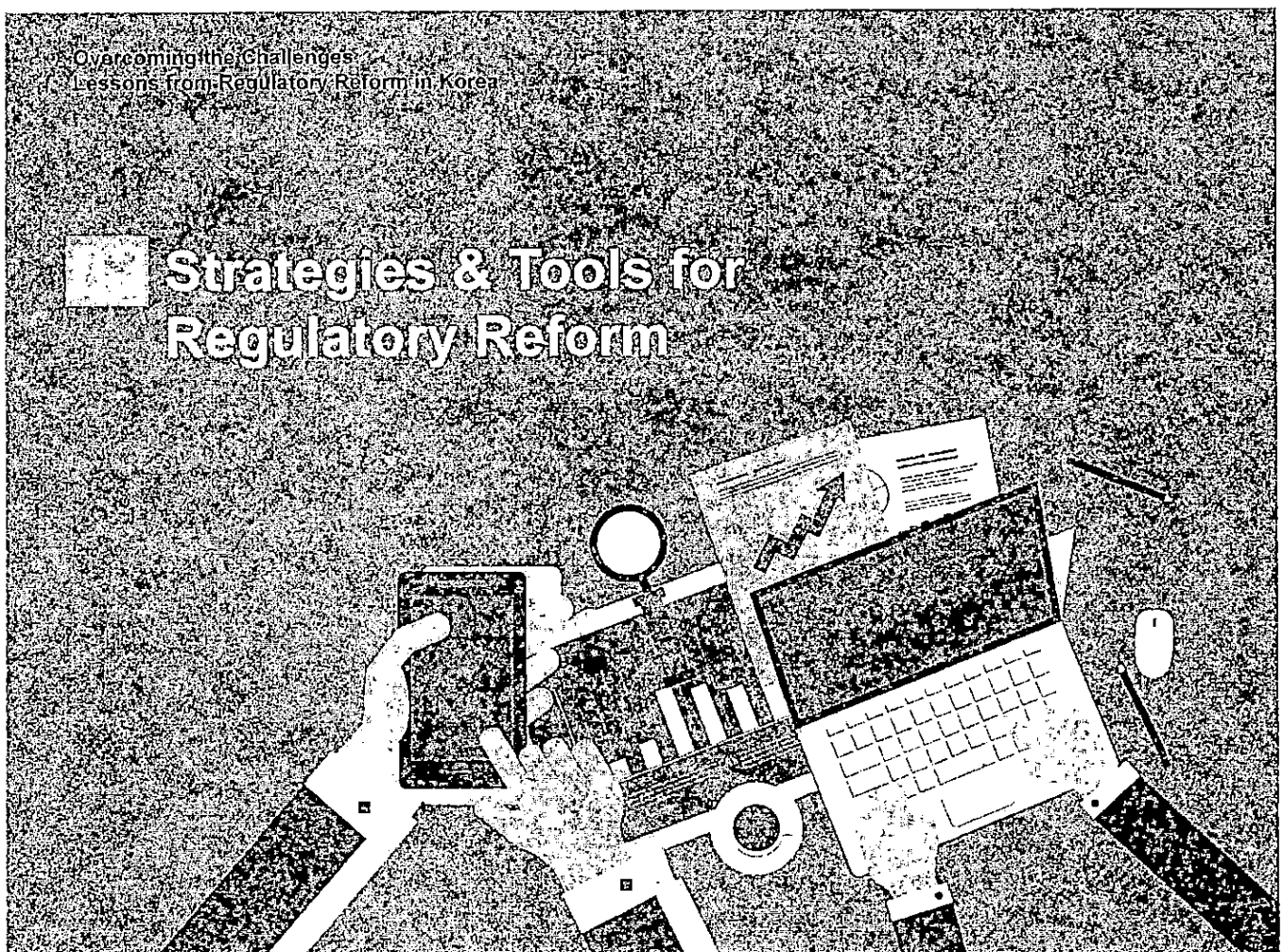
Global Economic Downturn

- ✎ Low oil prices and lasting decline in global raw material prices
- ✎ Rising trade protectionism
- ✎ China's sluggish economy and financial stability
- ✎ Continuous international terrorist threats

Concerns over Continued Slow Growth

- ✎ Continuous decrease in exports
- ✎ Continuing decline in the potential growth rate of the economy and corporate earnings
- ✎ High household debt levels
- ✎ Low birth rate and rapid aging

11





Recovering Economic Vitality and Regulatory Reform

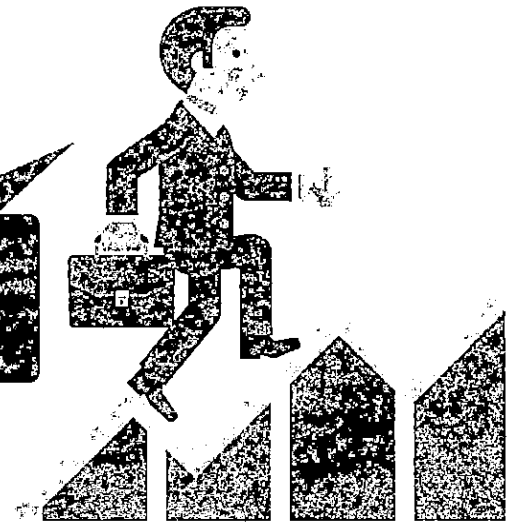
Short-term Policy to Stimulate the Economy



Strengthening Economic Fundamentals

- Active fiscal and monetary policies
- Four major structural reforms (labor, finance, public sector and education)
- Regulatory reform

Turning Point for the Korean Economy
Crisis or Take-off?



Initiative 2016 ①

Temporary Regulatory Relief



To freeze or ease current regulations on a temporary basis until a point of economic recovery



Speed: Right Timing of Policy Action

- Focus on Areas which can bring Immediate Policy Impacts on the Market



Subjects of Regulations

- Regulations that have immediate effects on investment
- Regulations that can be easily mended through revision of ordinances
- Regulations less likely to involve controversy and with the least side effects



Confined to less than one or two years



The Whole of Government Approach and Public-Private Jointship

Initiative 2016 ②**Regulatory Reform for the Emerging Industry and Frontier Tech Sectors****Objectives of Regulatory Reform**

- Newly growing industries that suffer from a disadvantageous market position because of outdated regulatory institutions
- Areas that needs a preemptive regulatory reform to prepare for changes in our future society and technology

Establishing a regulatory reform system for emerging industries to be led by the private sector

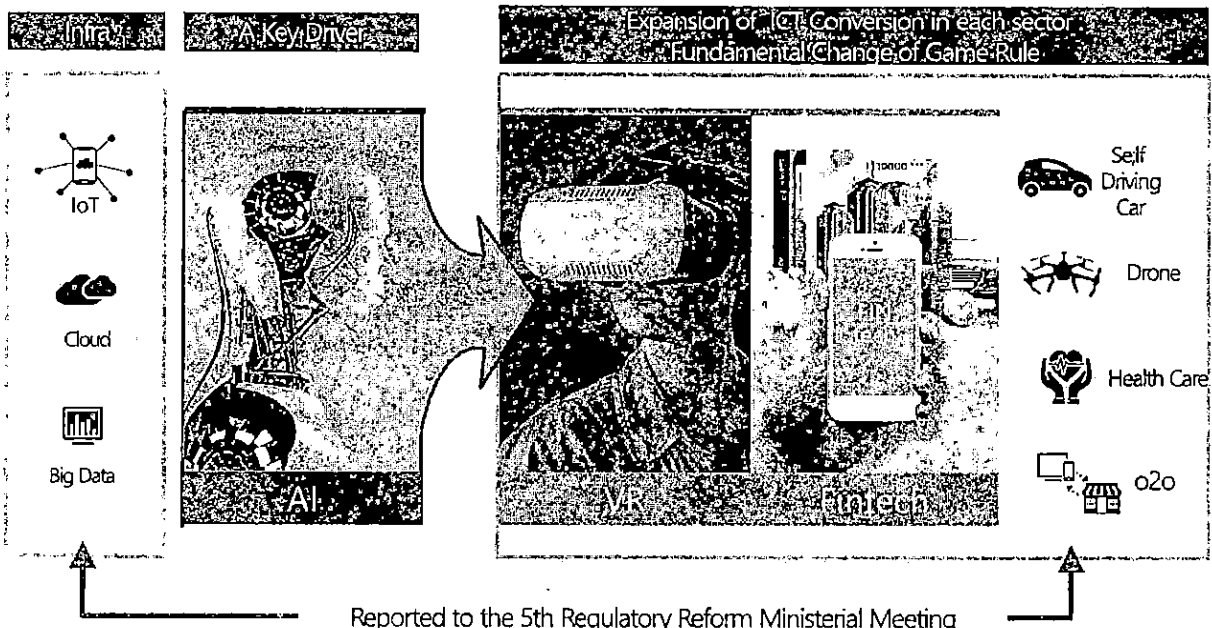
- Investment Committee on the Emerging Industry, organized by non-governmental experts who will decide whether to improve or repeal regulations

Life cycle management for emerging industry

- O2O, Drone and Self-driving Vehicle, Bio-health, 3D Printing, IoT, Big Data, Clouding and IoT convergence

Negative regulatory approach to new industries

15

**Strategies & Tools for Regulatory Reform****4th Industry Revolution**

Regulatory Reform on the AI, VR, and Fintech
A key Driver of the Industry 4.0

16



Strategies & Tools for Regulatory Reform

Initiative 2016 ②

Investment Committee on the Emerging Industry

Structure

70 civilian experts

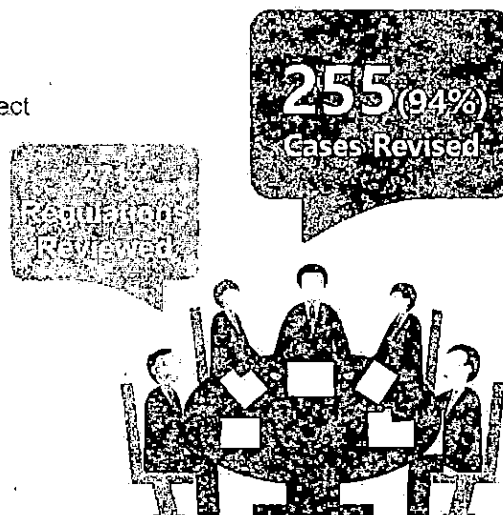
Principle

- ① Civilian experts review and decide to accept or reject the petitions raised by civilians
- ② A negative deregulation method is adopted for regulatory innovation
- ③ Minimum level of regulations is ensured in accordance with the international standards

Outcome

Since Mar. 2016, a total of 271 regulations reviewed
→ 255 cases revised (94%)

* 30 on drones, 74 on ICT & convergence, 85 on bio-health, 33 on new energy materials, and 49 on new services



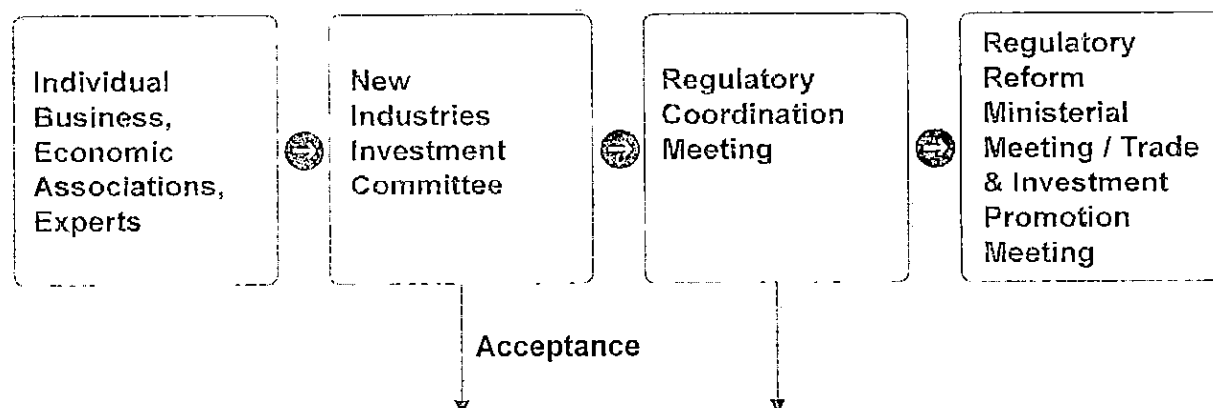
17



Strategies & Tools for Regulatory Reform

Initiative 2016 ②

Investment Committee on the Emerging Industry

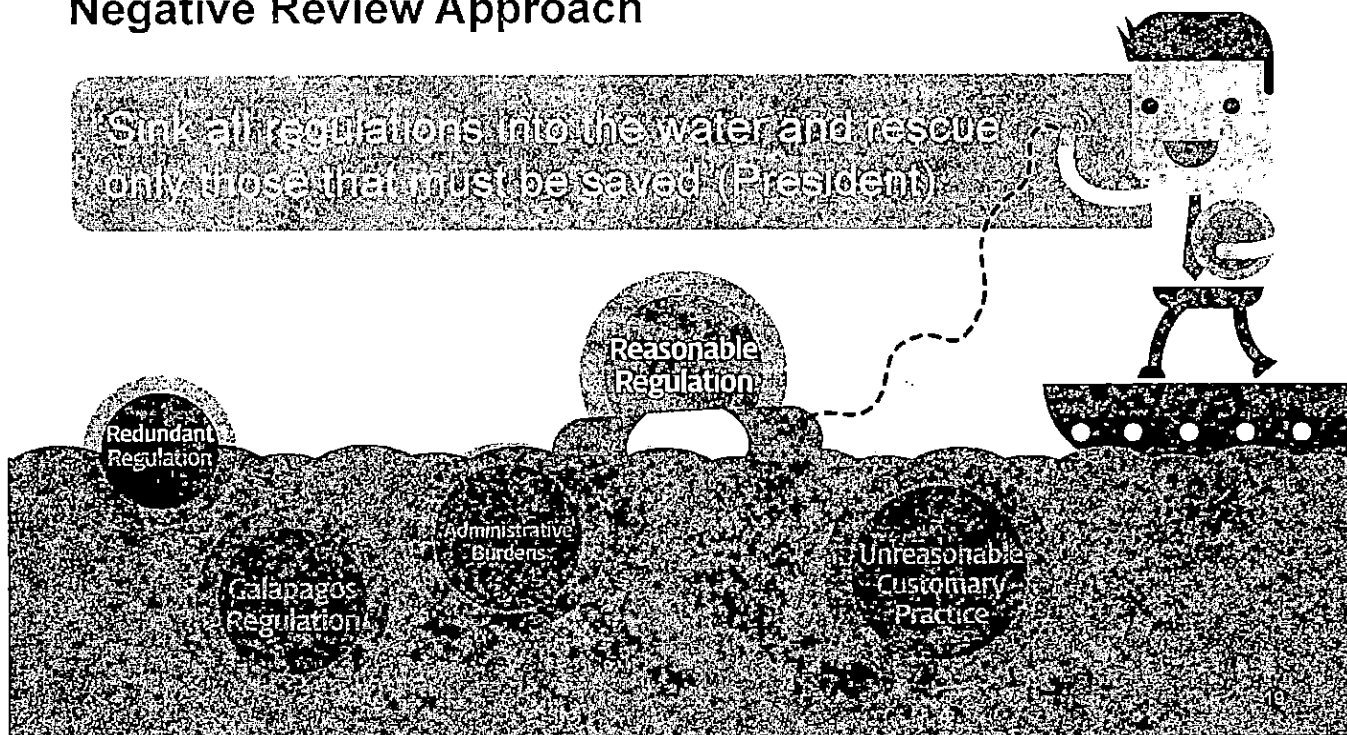


The improvements of regulatory proposals

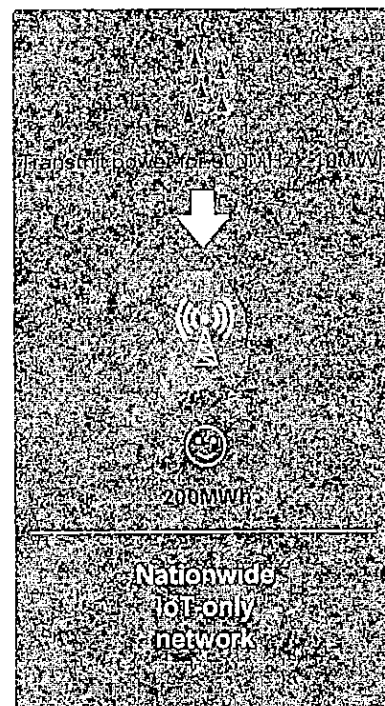
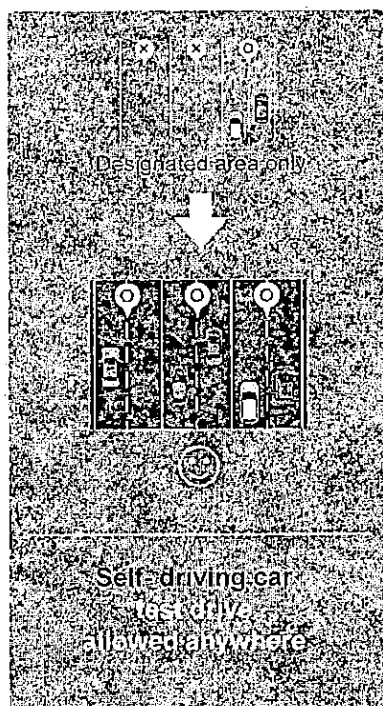
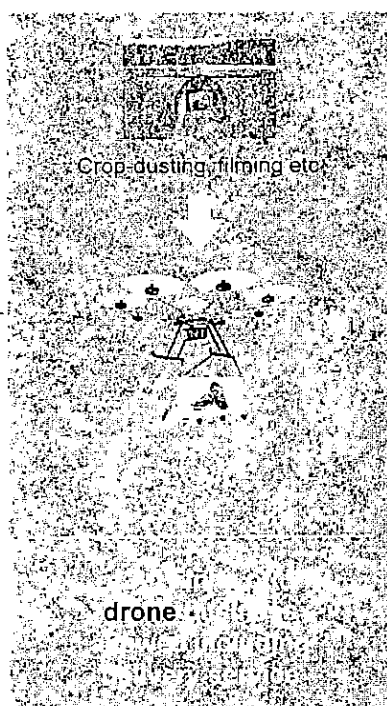
18

Initiative 2016 ②

Negative Review Approach



Initiative 2016 ③



Strategies & Tools for Regulatory Reform

Initiative 2016 ②

VR/AR



More simplified rating process
for VR motion simulator

FinTech



A wider range of investors

Medical
Information

Patients' medical records
Available in the cloud

21

Strategies & Tools for Regulatory Reform

Initiative 2016 ③

Innovation of Public Procurement (\$100 bil USD Market)

Public - Private Joint TF to Innovate public procurement

About 56,000 contracts in the public sector investigated

A census on the laws governing public contracts
by central and local gov't and public organizations

130 suggestion from companies reviewed

22

Strategies & Tools for Regulatory Reform

Initiative 2016 ③**Innovation of Public Procurement**

Removing entry barriers to start-ups and SMEs
by eliminating unnecessary regulations

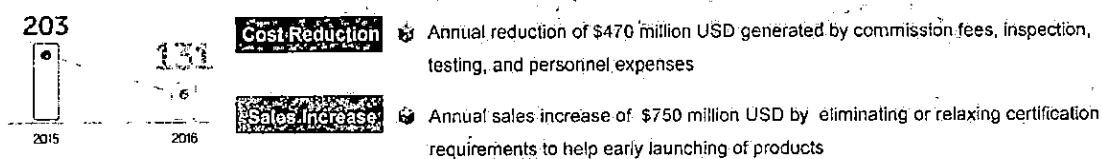
Changing arbitrary standards with the reasonable standards

Resolving the inconsistencies between central and local
government regulations

more start-ups and SMEs
to participate in contracts in the public sector

23

Strategies & Tools for Regulatory Reform

③ Census of Government Certification : 203 in 2015 → 131 in 2016**③ Census of Local Regulations : A total of 38,915 regulations across 11 sectors were surveyed at the local level. 5,239 cases were revised out of 6,440 unreasonable regulations discovered**

Regulatory revision is particularly focused on regulations that fall outside the scope of higher legislations or fall short of legal basis

③ Census of Public Procurement Contracts : 55,000 contracts in 20 public sectors have been thoroughly investigated (to be completed by Aug. 2016)

24

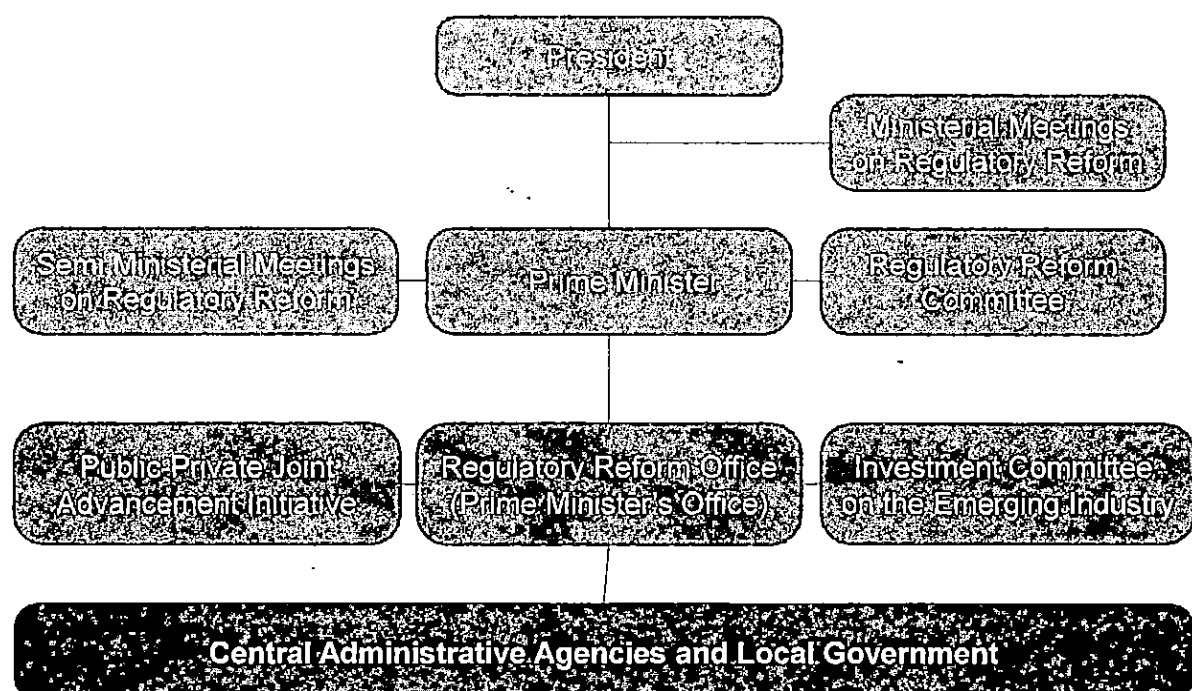
Strong Commitment to Reform from Top Leadership

Regulatory Reform is a Key Instrument to Fundamentally Change the Economic Structure

- ① Regulatory reform as the top priority task
- ② Regulatory Reform Ministerial Meeting
- ③ the President's strong will

25

Regulatory Reform Organization



26

Strategies & Tools for Regulatory Reform

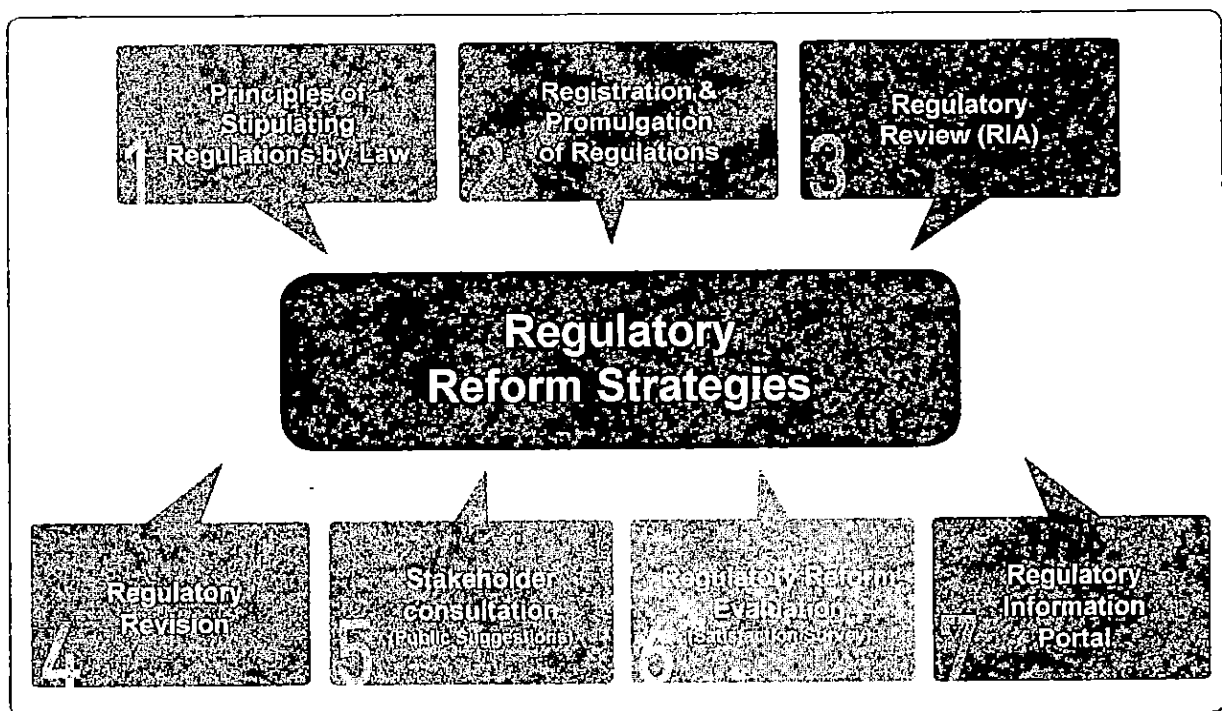
Institutional Design

- 1 Establishment of the Basic Act on Administrative Regulation
- 2 Regulatory Reform Committee(RRC) & Regulatory Reform Office(RRO) as a advocacy and central supervisory body
- 3 RRC's legal authority to review new / reinforced regulations
- one of the most influential decision makers
- 4 Regulatory Reform Monitoring Agent & Feedback in annual guideline

27

Strategies & Tools for Regulatory Reform

Structure of Regulatory Reform Bodies



28



Review Process of RRC Administrative Procedure of Law Drafting

Announcement of new regulatory proposals and legislation

Notified during minimum of 20 days in the government gazette or internet homepages (Administrative Procedure Act)



Consultation for stakeholders

Ministry concerned is obliged to receive and review every input on the proposed regulations or legislation



Regulatory review by RRC

Regulatory review based on the RIA by ministries and review by the RRC



Disclosure of regulations and legislations

All laws and ordinances are disclosed to the public & regulations are registered and available on the internet

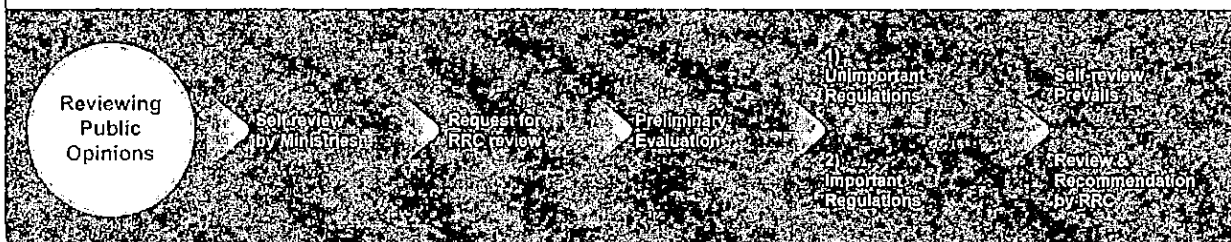
29



Review Process of RRC Regulatory Review on New Regulation Draft

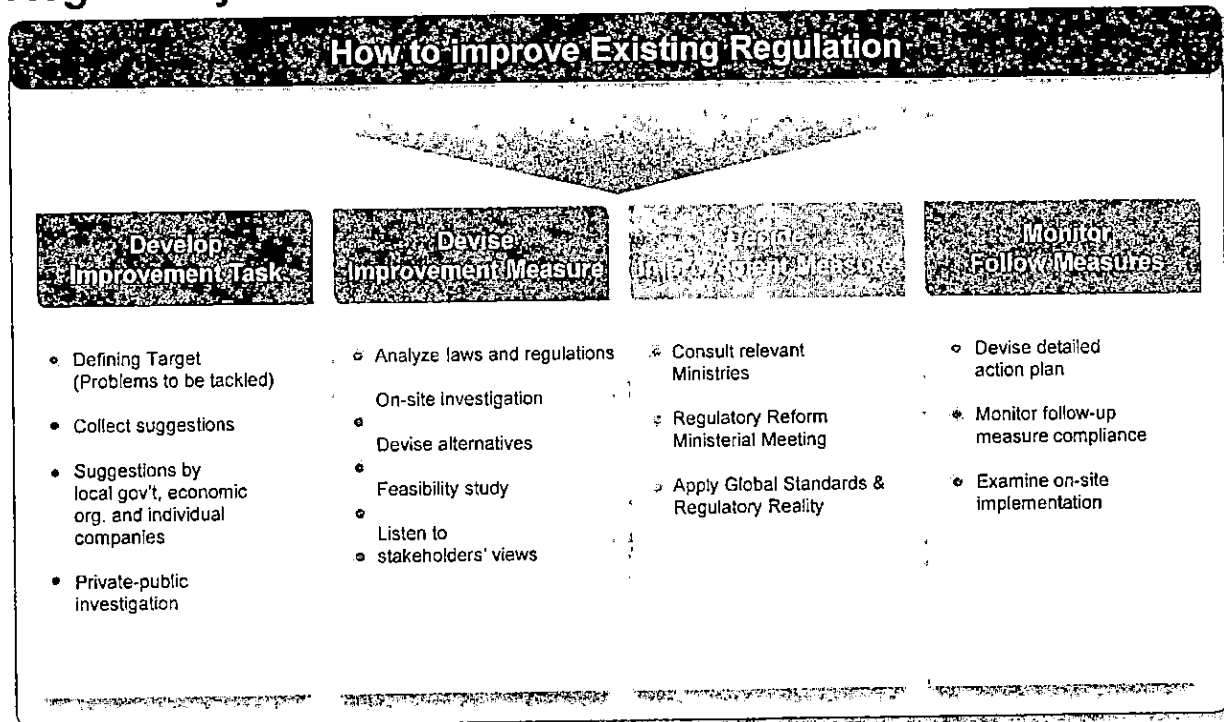
The RRC's overall Regulatory Review

- ① Ministries conduct self regulatory review based on the RIA and request a review by the RRC. Ministries must submit stakeholders' opinions, RIA and self review result.
- ② The RRC only reviews major regulations that have large impacts. As for less important regulations, the ministry concerned manages.



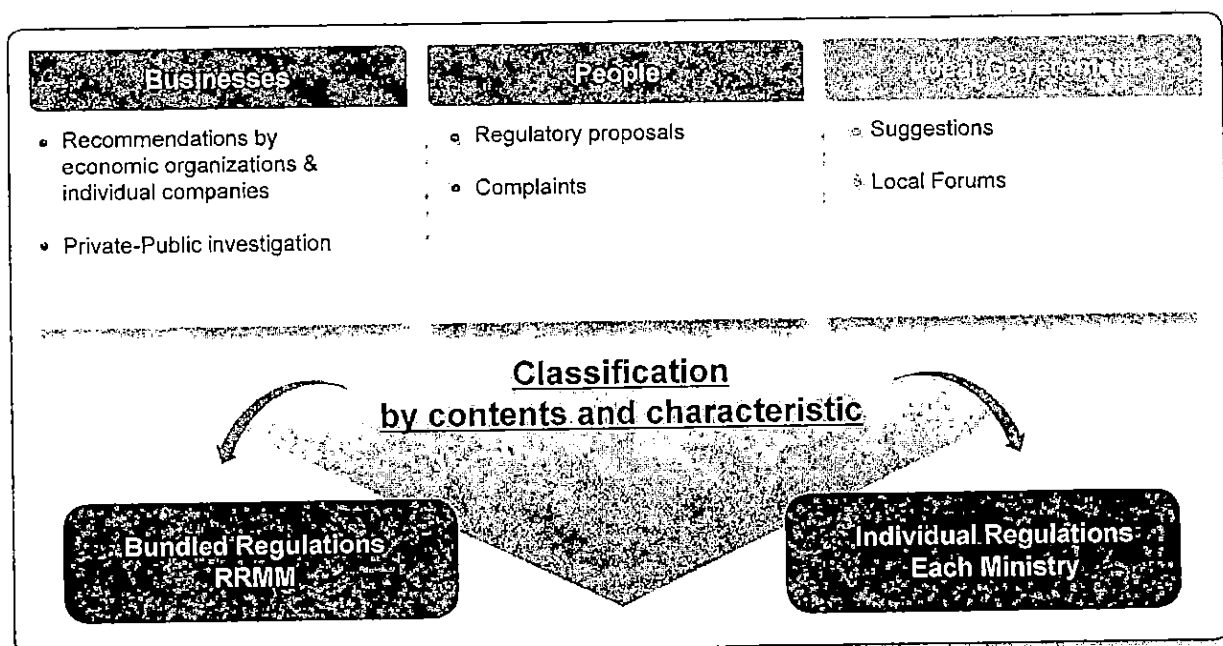
30

Regulatory Revision



31

Task Discovery & Improvement Mechanism (Bottom-up)



32

Strategies & Tools for Regulatory Reform

Strategies

Defining Clear Objectives-Targets

- ☞ The Goal of Enhancing National Competitiveness & Business Environment
- ☞ The Quantitative Target of Reduction of the existing regulations (50% → 40% → 10%)

The Whole of Government Approach

- ☞ Uniform Code Model for Local Governments
- ☞ Training on first-line civil servants, Spreading Good Practices and distributing Regulation Review Manual
- ☞ RIA Manual published, The result of assessment must be opened

Defining Clear Objectives-Targets

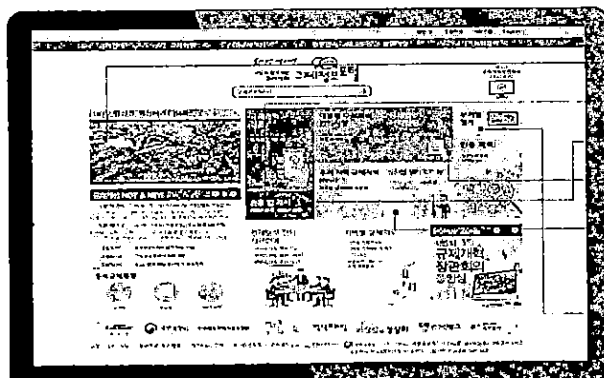
- ☞ Public-private Jointship
- ☞ RRC, RRTF from user perspective
- ☞ Satisfaction Level Survey and Feedback(into Regulatory Process)
- ☞ Consultation Channels with Domestic & Foreign Businesses

33

Strategies & Tools for Regulatory Reform

Breaking Down the Barriers between Regulators and the Regulated

Regulatory Information Portal(www.better.go.kr)

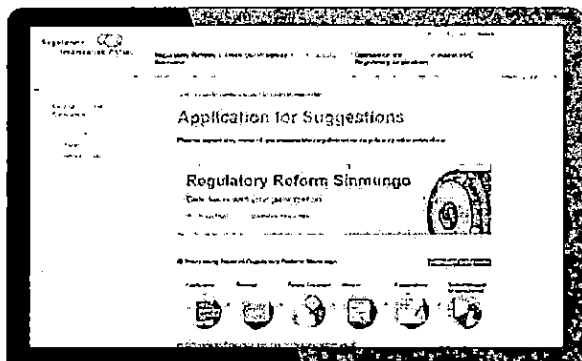


- ☞ Regulatory Reform Promotion Video
- ☞ Regulatory Reform Sinmungo
- ☞ Thorn-under-the-nail
- ☞ Status of handling regulatory legislations
- ☞ Petition against difficulties of investing in emerging industries
- ☞ Status of regulatory reform efforts of each administrative agency

34

Strategies & Tools for Regulatory Reform

Breaking Down the Barriers between Regulators and the Regulated



Web-based Petition System : 'Regulatory Reform Sinnungo' (www.better.go.kr)

Regulatory Reform Sinnungo is an online channel that gives the people a say in the government's regulatory reform efforts.

As of now, about 4 out of 10 petitions have been generally accepted.

(The decision to install such regulatory reform tool was made at the 1st Ministerial Meeting on Regulatory Reform held in March 2014.)

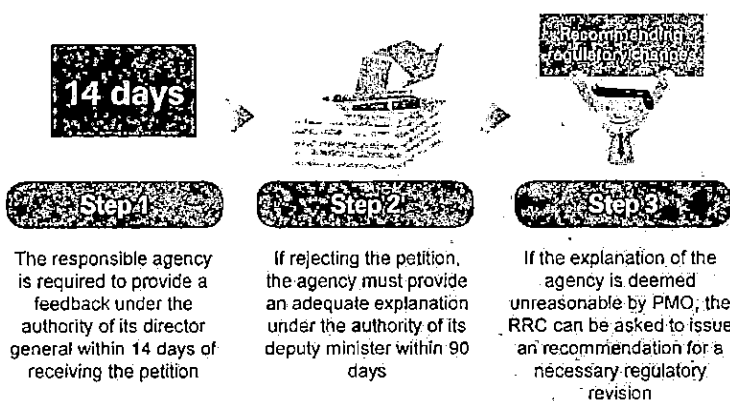
35

Strategies & Tools for Regulatory Reform

Breaking Down the Barriers between Regulators and the Regulated

Web-based Petition System : Regulatory Reform Sinnungo

Three-Level Evaluation System



Compared to 2013

The number of petitions received increased by

31.8 times

The rate of acceptance increased by

5 times

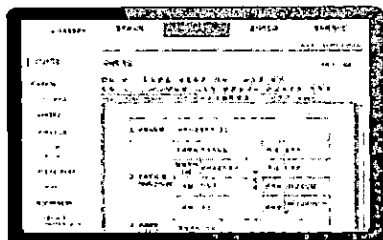


35



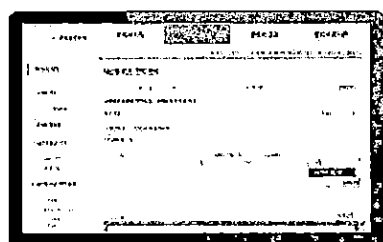
Strategies & Tools for Regulatory Reform

e-RIA for Cost-In, Cost-Out (CICO)



CICO is a mechanism to calculate the net costs to balance between In-regulations and Out-regulations.

- Expansion of the CICO Pilot Program :
8 ministries (July 2014) → 15 ministries (2015) → 22 ministries (2016)



Web-based Regulatory Impact Analysis (RIA) and RIA report (July 2015)

- e-RIA system enables the automatic calculation of costs and benefits, and requires all blanks to be filled out completely to ensure quality of a RIA report.
- While such system may impose a certain level of burdens on the public officials, it is purposely designed that way to train the officials in drafting a RIA report.

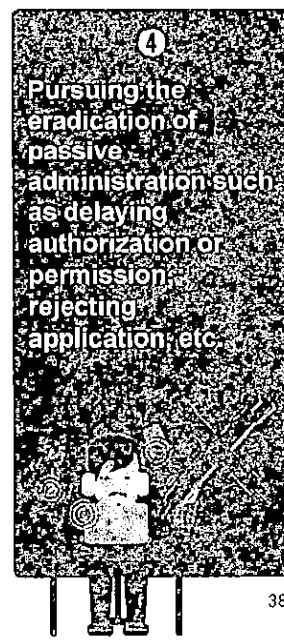
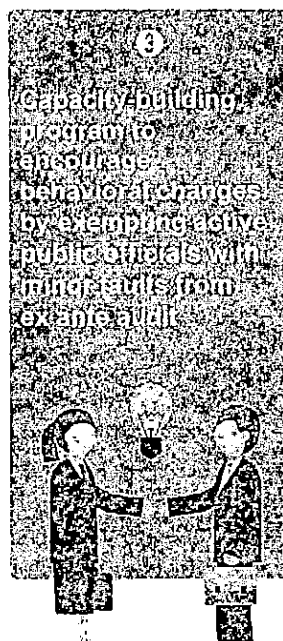
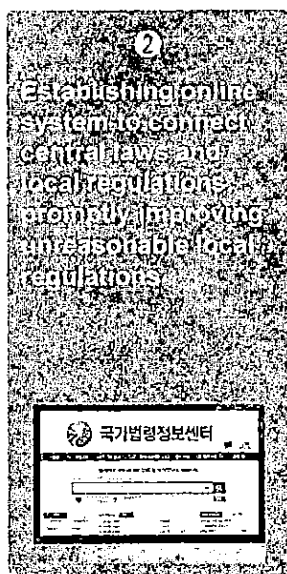
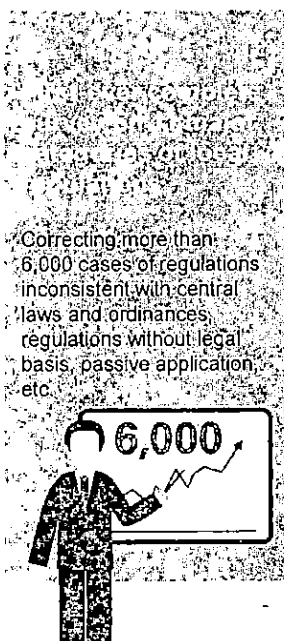
37



Strategies & Tools for Regulatory Reform

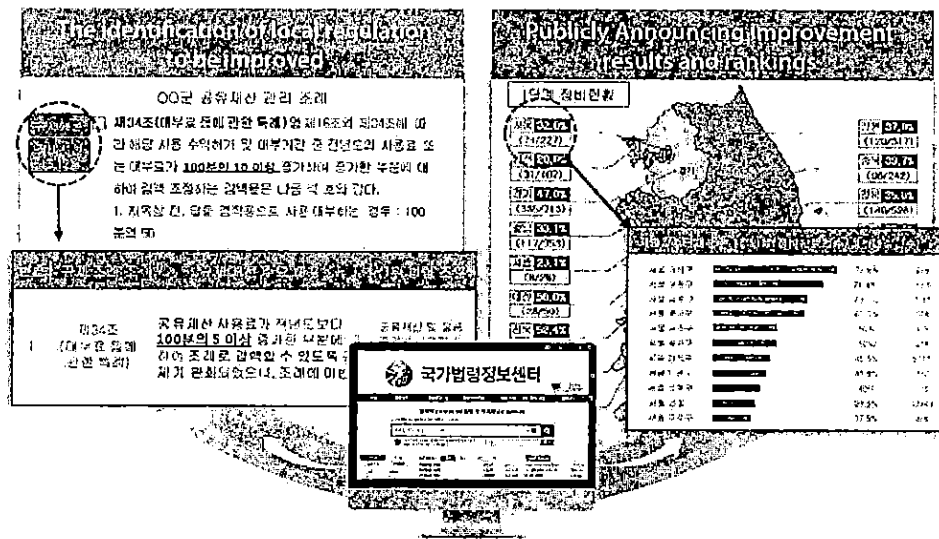
Regulatory Reform of Local Governments

Central and Local Governments Working Together to Increase Awareness of Regulatory Reform



38

Strategies & Tools for Regulatory Reform



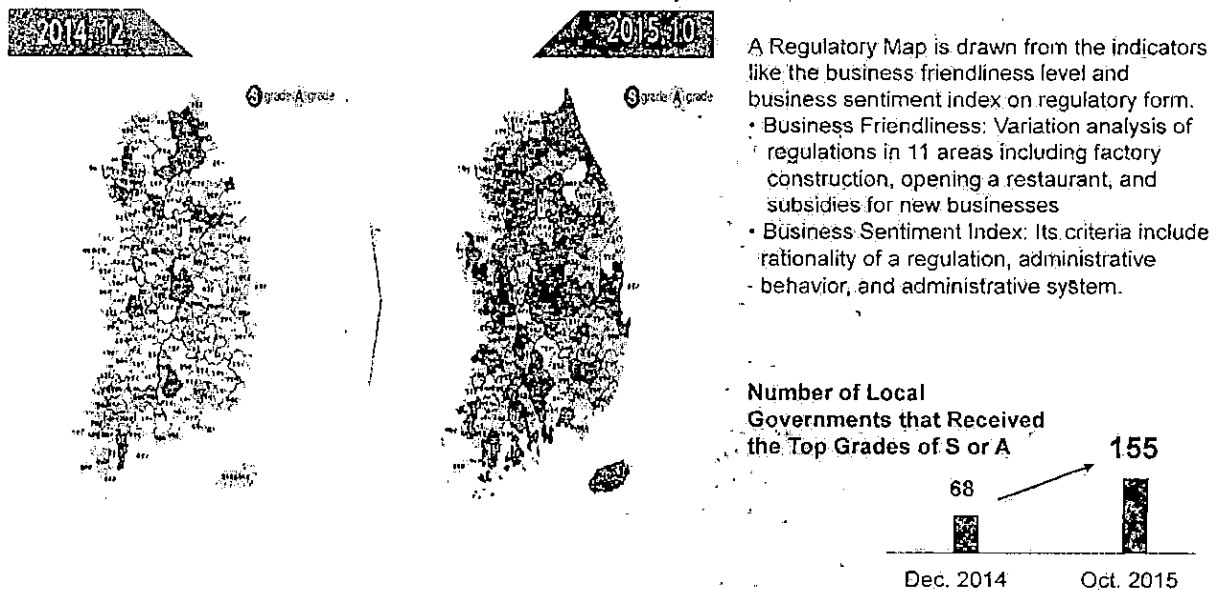
e-Legislation Notification System

- Building an online system to swiftly revise unreasonable local ordinances following the revision of central laws

39

Strategies & Tools for Regulatory Reform

Inducing competition and sharing the current status on regulatory reform among local governments via systems like the National Regulatory Map



40

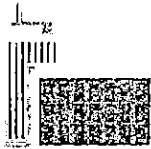
Strategies & Tools for Regulatory Reform



A Revision of
11,612
Regulations in Total



Achievement of
\$15 billion USD of
Economic Impact



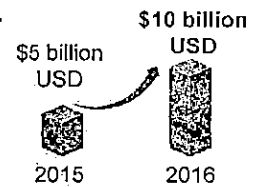
Improvement of
5,422 central
government
regulations



Improvement of
6,190 local
government
regulations

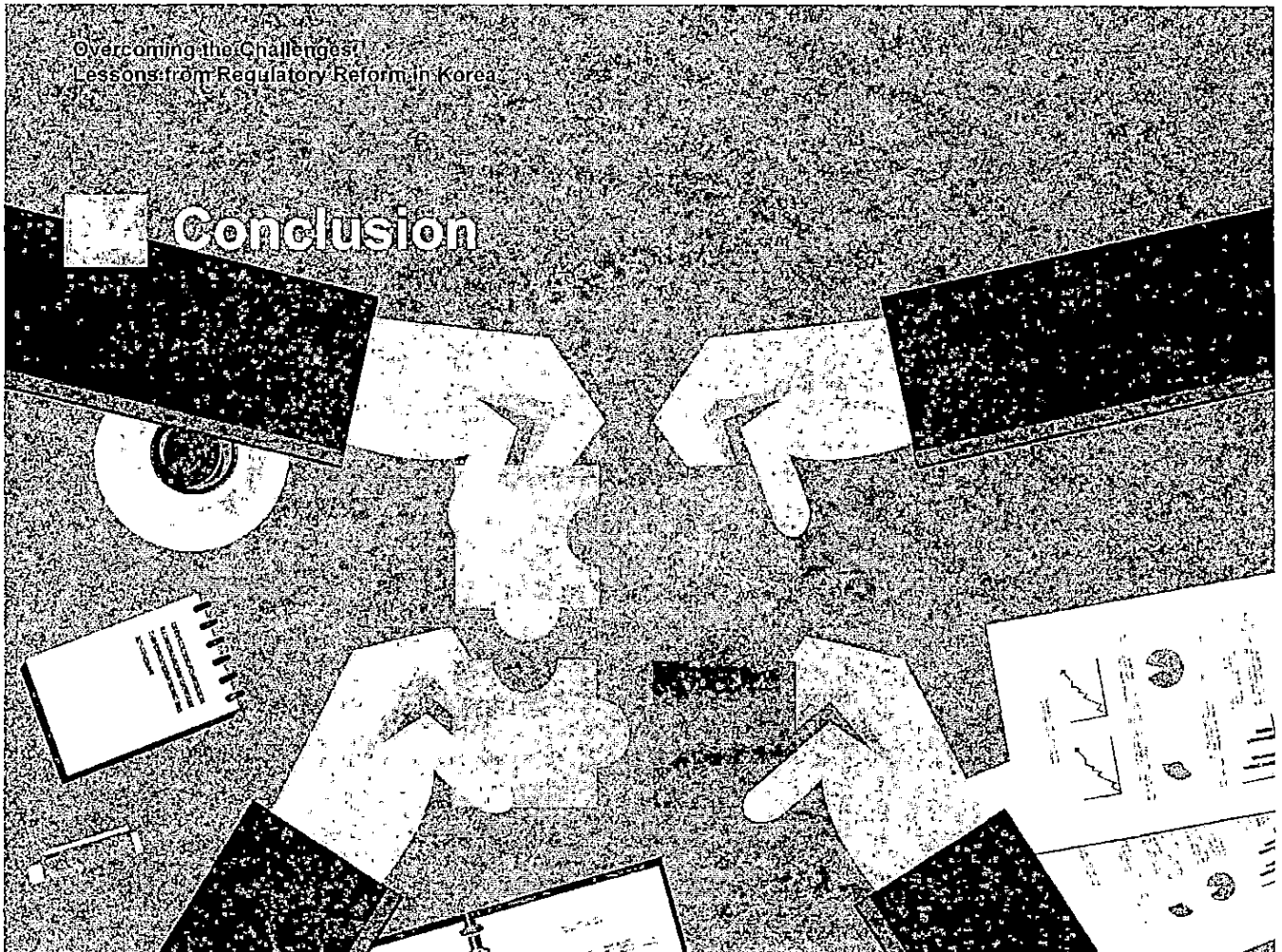
In 2015, a total of 151 reformed regulations produced about \$5 billion USD worth of economic impacts.

Similarly, a total of 49 revised regulations are expected to yield \$10 billion USD worth of economic impacts in 2016.



Overcoming the Challenges?
Lessons from Regulatory Reform in Korea

Conclusion



Conclusion



Overcoming the challenges

- Temporary Relief Regulation (TRR) program
- Regulatory initiative in the emerging industry and frontier tech sectors



Strong support from the top leadership and the public

- Crisis offers a window of opportunity for comprehensive reform



Strategies and tools

- The whole-of-government approach and public-private partnership
- Clear and quantitative targets
- Monitoring system and management tools



Well-designed institutional settings

- Existence of regulatory advocacy and oversight bodies
- Efficient monitoring system & management tools

43

Thank you

For More Information:
Dr. GIL HONG-KEUN

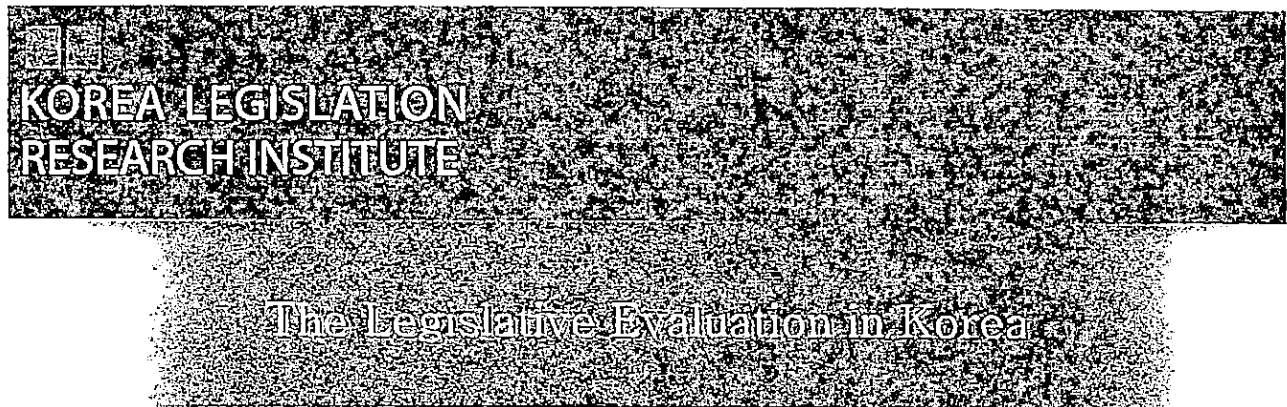
Director General, Prime Minister's Office
 Tel : +82-44-200-2433
 E-mail : hkgil1@korea.kr



Prime Minister's Office
 Republic of Korea

ภาคผนวก ๒

เอกสาร The Legislative Evaluation in Korea



September, 5, 2017

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

Contents

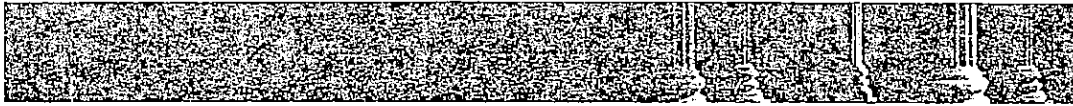
I. Background Review

II. Legislative Procedures & Various Impact Assessment in Korea

III. Improvement in Policy related to 'Legislative Process'

IV. Current State of Introduction of Legislative Evaluation into
Municipal Ordinances

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE



I . Background Review

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE



1. Postponement in Legalization of Policy

- ◎ Complex Government Legislation Procedures and Dispersion of Various Impact Assessment causes administrative costs, and postponement in Legalization of Policy



2. Harmful Effect due to Increasing Volume of Legislation and deterioration of Quality

○ Plethora of Legislation & Inflation Phenomenon happen simultaneously

— Increasing Volume of Legislation and Frequent Revision of Legislation causes deterioration of Quality in Legislation. Consequently, hinders legal stability

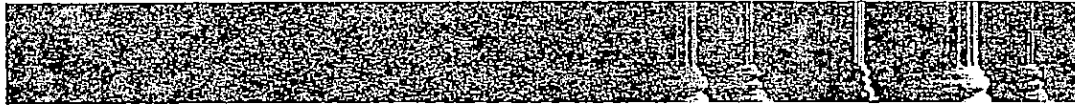
○ Outdated Policy—inconvenience for the public and adds burden to the Companies

— Ultimately, Impediment to Efficiency of National Policy due to decrease in Legislation effectiveness and Public acceptability

— Consequently, this brings about increase in Direct and Indirect National Costs during the course of Legislation Enactment, Revision and Abolition of Legislation

3. Lack of Comprehensive Legislative Impact Assessment System

○ Lack of Comprehensive Legislative Impact Assessment System to check on regulation and legislation which is big burden to the public and Corporations



II. Legislative Procedures & Various Impact Assessment in Korea

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE



1. Outline of Various Impact Assessment on Government Legislation

- ◎ Various Impact Assessments are carried out by numerous departments in accordance with individual law. Meaning: Lack of Comprehensive Legislative Impact Assessment System

< Types of Impact Assessment System >

Types of Legislative Impact Assessment (Examples)	Assessed Contents (Mandatory/Optionality)
Regulatory Impact Assessment ("Framework Act on Administrative Regulations" §7, SMES Impact Assessment: Included in RIA)	Review of Newly Established, Maintained, Reinforced Statutes (Mandatory)
Policy Statistic-based Impact Assessment ("Enforcement Decree on Statistics" §33)	Collecting Adequate Statistic Methods for Policy Enforcement (Mandatory)
Corruption Impact Assessment (Act on the Prevention of Corruption §20:2)	Analysis and Review on Corruption Indicators (Optionality)
Gender Impact Assessment ("Framework Act on Women's Development" §10)	Influence on Women's Rights and Interests (Mandatory)
Conflict Impact Assessment ("Regulation on Conflicts of Public Institutions" §10)	Analysis of Conflicts Derived by Public Policy (Optionality)
Cost Estimation on Bills ("Regulation on Legislation Services Management" §10)	Expenditure on Amendment and Enactment (Mandatory)

◎ The current impact Assessment is geared towards and limited to specific field

9

<Current System and Organization of Legislative Assessment>

Pre-Deliberation Stage	Deliberation Stage (Concurrent Assessment)	Post-Deliberation Stage
Regulatory Impact [KPC: Regulatory Policy Committee]	Government [MOJ: Review Unit etc.] National Assembly [Standing Committee and etc.: Review Unit etc.] -Necessity of Legislation -Adequacy of Procedure -Legitimacy of Contents -Effectiveness of Legislation -Possibility of Compliance (Reviewed by Legal Experts with aspect) (Need a Checklist of pre-deliberation)	Legislation Innovation Team [MOJEO]
Conflict Impact Assessment [OPC]		Corruption Impact Assessment [Anti-Corruption and Civil Rights Commission]
Corruption Impact [Anti-Corruption and Civil Rights Commission]		Order Impact Assessment [MOJEF]
Cost Estimation on Bills [MOEF]		-Necessity for Amendment -Level of Compliance -Problems of Enforcement -Reflection on Reality * Absence of systematic Assessment
Policy Statistic-based Impact [KOSTAT]		
Gender Impact Assessment [MOGSF]		

Concurrent Assessment focuses on checking validity of Pre-deliberation

10

2. Problems with Various Impact Assessment

- ◎ Difficulty in Judging legislation from comprehensive Standpoint
 - ≡ Limited to Specific Field. Thus, difficulty in assessing legislation impact on the general public and corporations from a comprehensive standpoint
- ◎ Increase in Costs and Procedure
 - ≡ Legislative Burden since Supervising Managing Department needs to receive various impact assessment individually from the beginning of plan
- ◎ Duplicated Evaluation and difficulty in maintaining systemcity and consistency

11

III. Improvement in Policy related to 'Legislative Process'

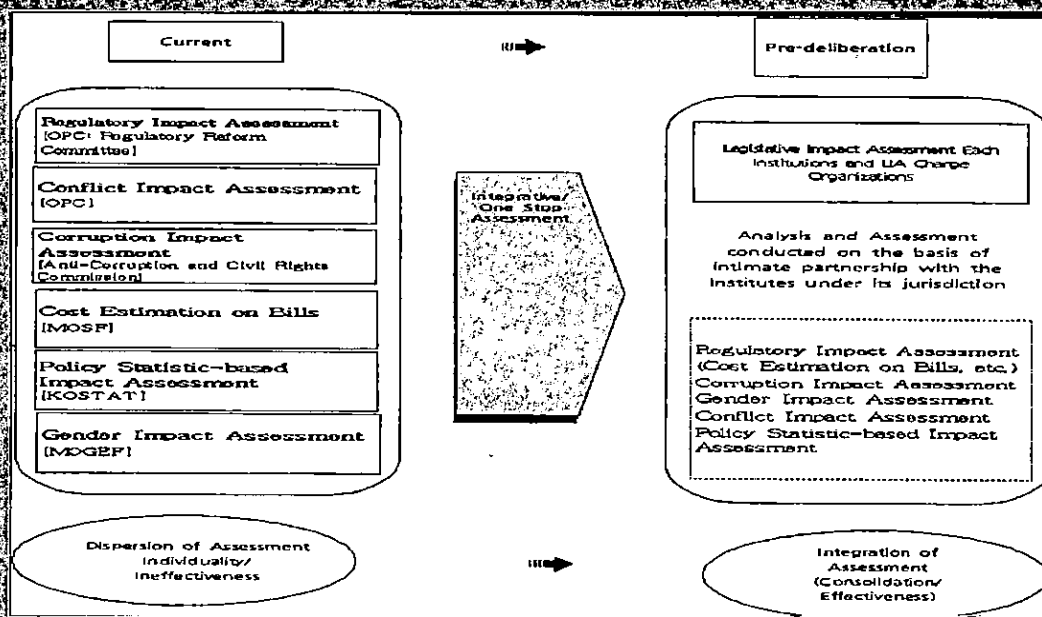
1. Integration and Improvement of Various Impact Assessment (Pre-Deliberation)

○ Implementation of Preliminary Impact Assessment- Comprehensive and more systematic assessment System

○ Also, Strive toward "High Quality Legislation" by adaptation of integrated impact Assessment and reduction in departmental costs.

13

Establishing One-Stop Assessment System Integrating all Pre-deliberation



14



2. Improving Effectiveness in Legislative Impact Assessment(Post Deliberation)

- Introduction of Post Deliberation Impact Assessment
- The Objective of Post Deliberation Assessment is evaluating effectiveness and necessity of legislation enactment and amendment. Thus, maintaining neutrality is crucial.

15

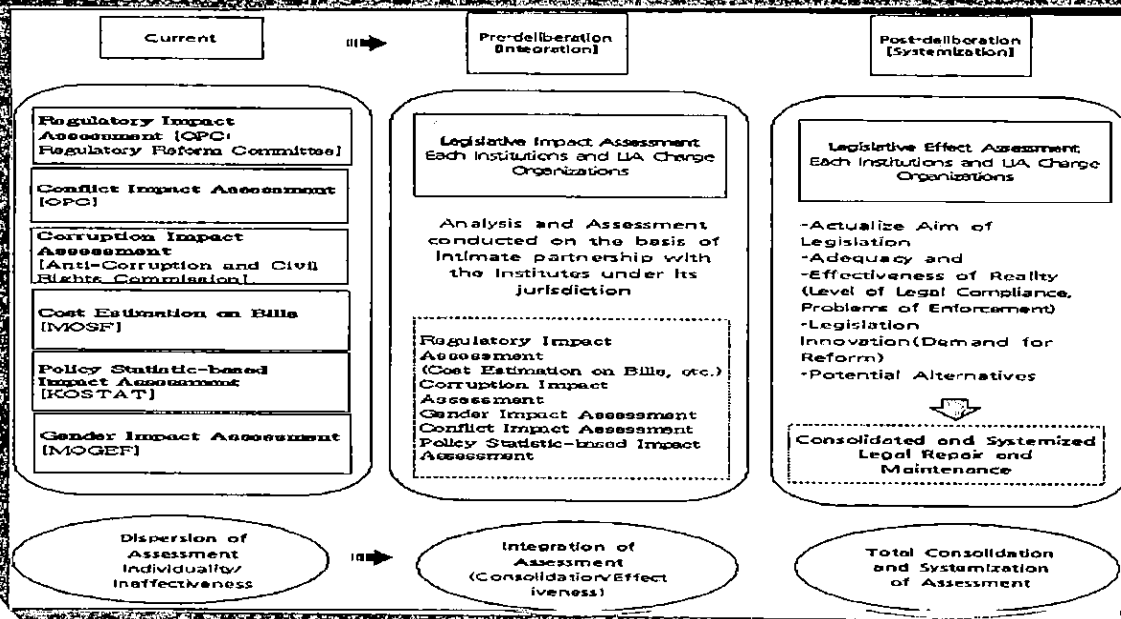


3. Gradual Implementation of Legislative Impact Assessment and Check Points

- Legislative Impact Assessment go through test operation(i.e. two years or so) with focus on major legislations. In the long term, expand into entire legislations
- Pre Deliberation and Post Deliberation Impact Assessment need to be carried out in connection
- Needs to consider carrying out integrated legislative impact Assessment and evaluation by one department

16

<Interconnecting Pre/Post Deliberations to Conduct Integrative Assessment>



17

IV. Current State of Introduction of Legislative Evaluation into Municipal Ordinances

1. Background of Examination and Present Situation

- The number of enacted municipal ordinances is increasing, but it is doubtful whether such ordinances are practically effective.
 - As more than 20 years have passed since local autonomy was implemented, the status and role of each local council have been strengthened.
 - Compared to the rapidly increasing number of municipal ordinances presented to each local council for enactment, whether enacted municipal ordinances are effective, relevant, and capable of achieving purposes and whether it is necessary to amend municipal ordinances in accordance with amendments of superior statutes have not been properly examined.

19

- Introduction of legislative evaluation into municipal ordinances by local councils:
 - In July 2013, Gwangju Metropolitan Government enacted the "Ordinance on Ex-Post Legislative Evaluation of Municipal Ordinances."
 - In January 10, 2014, Gyeonggi Provincial Assembly enacted the "Ordinance on Analysis of Legislative Impacts of Municipal Statutes."
 - In November 5, 2014, Busan Metropolitan Government enacted the "Ordinance on Legislative Evaluation of Municipal Ordinances."

20



2. Overview of Legislative Evaluation of Municipal Ordinances by Local Councils

○ Major provisions of the ordinance of Gwangju Metropolitan Government on legislative evaluation

- The ordinance of Gwangju Metropolitan Government on legislative evaluation limits the scope of evaluation to ex-post legislative evaluation.
- The ex-post legislative evaluation shall be conducted once every two years.

21



○ Major provisions of the "Gyeonggi Provincial Assembly Ordinance on Analysis of Legislative Impacts of Municipal Statutes"

- The ordinance was enacted to render practical assistance in legislative activities and to promote the welfare of citizens in the province by analyzing legislative impacts of municipal statutes on a regular basis.
- Enacted municipal ordinances examined by Gyeonggi Provincial Assembly are subject to the analysis of legislative impacts, but the ordinance also applies to wholly amended municipal ordinances, deeming wholly amended municipal ordinances as equivalent to enacted ones.

22

◎ Major provisions of the ordinance of Busan Metropolitan Government on legislative evaluation of municipal ordinances:

- The ordinance was enacted to secure practical effectiveness of municipal ordinances by evaluating the effects of enforcement of municipal ordinances, the achievement of goals, etc. by prescribing matters concerning legislative evaluation of municipal ordinances of Busan Metropolitan Government.

23

3. Implications of Introducing Legislative Evaluation of Municipal Ordinances

◎ Fruits of local councils' self-reflection and efforts for better municipal ordinances

◎ Tasks to be performed for legislative evaluation of municipal ordinances

- It is necessary to accumulate outcomes of legislative evaluation of municipal ordinances and continuously amend relevant indexes and standards draft municipal ordinances according to the outcomes so that the evaluation of municipal ordinances can develop in a fair, objective, and rational direction.

24



- Examination of possibility of introducing legislative evaluation of Acts through introduction of legislative evaluation of municipal ordinances.
 - It is possible to examine a scheme to enact a separate Act identical with the municipal ordinances on legislative evaluation of municipal ordinances, in order to introduce ex-ante or ex-post legislative evaluation with regard to Acts.

THANK YOU

ภาคผนวก ๗

เอกสาร Regulatory Impact Analysis Korea Case

Regulatory Impact Analysis: Korean Case

2017. 7.

Page #1



국무조정실



한국행정연구원

Korea Research Institute of Public Administration

CONTENTS

Chapter I Theories and Institutions of RIA

Chapter II International Evidence & Cases

Chapter III How to Conduct RIA

Chapter IV Korean E-RIA System

Page #2



한국행정연구원

Korea Research Institute of Public Administration

I. Theories and Institutions of RIA

1. The Concept of RIA
2. Key Process & Elements of RIA
3. RIA and CICO

Introduction

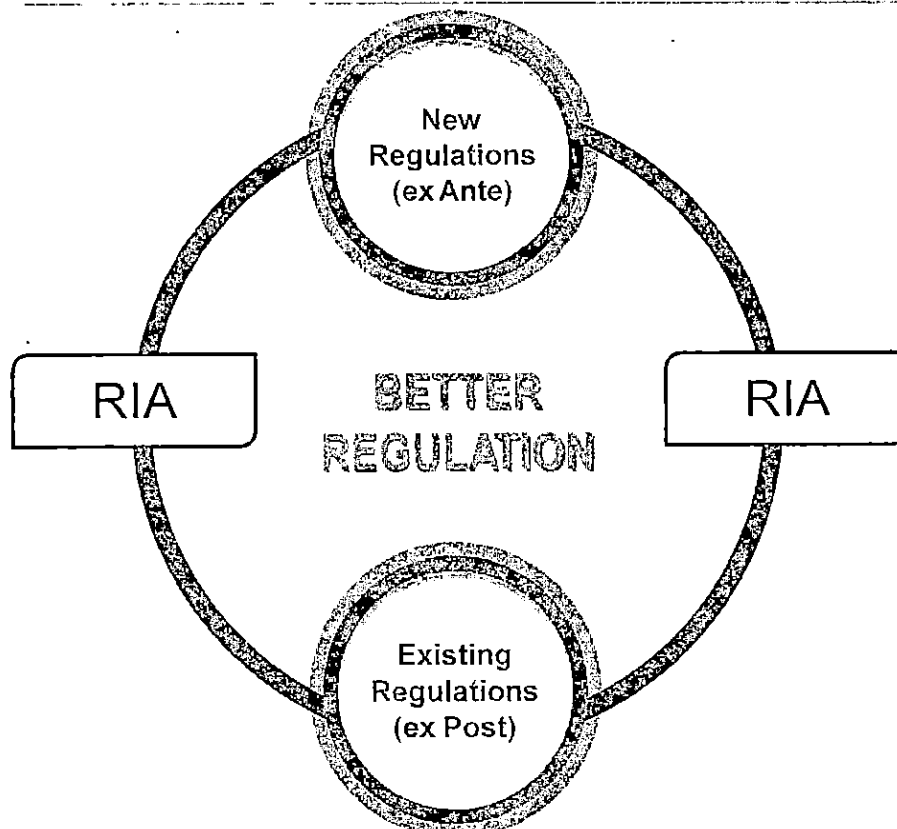
- **'Better regulation does not always means less regulation'**
(World Bank, 2001)
 - **'Investment climate improvements are, at their heart, about improving the quality of governance and policy-making'**
(World Bank, World Development Report, 2005)
 - **"Poorly designed regulation can stifle economic activities and ultimately reduce economic growth. However, it also appears that regulatory governance and the institutional framework in a country may mitigate the damaging effects"**
(Kirkpatrick & Parker, 2012)
- Regulatory cost but also benefit

1. The Concept of RIA

The Framework Act on Administrative Regulation

- RIA refers to “ the provision of criteria to judge the validity of regulations in advance by estimating and analyzing various impacts on not only the economy, the society, the administration, but also the people's daily life, using objective and scientific methods” (FAAR Article 2. Clause 1. Fifth)
- **Ex Ante Evaluation of Regulation (chapter 2 of FAAR)**
 - All new or strengthened regulations subject to ex-ante evaluation
 - Article 7. Regulatory Impact Analysis and Self-Review by Ministries
- **Ex Post Evaluation of Regulation (Post-Implementation Review, Retrospective Analysis)**
 - Chapter 3. Improvement of Existing Regulation
 - Article 18. Review of Existing Regulation
 - Article 20~22. on Comprehensive Reform Planning of Existing Regulations

1. The Concept of RIA



1. The Concept of RIA

OECD definition

- Both a *tool* and *decision process* for informing political decision makers on *whether and how to regulate* to achieve public policy goals.

- Tool

- To ensure a systematic and rigorous process of identifying and assessing the potential impacts of government action
- To quantify the expected costs and benefits of regulatory measures
- To assess the effectiveness of regulatory measures in achieving its policy goals
- To determine the best alternative among various possible alternative regulatory measures

- Decision Process

- To complement key elements of regulatory policy, such as public consultation, by developing better understanding of the impact of regulatory options and communicating information to policy decision-makers

*OECD(2016). Promoting inclusive growth through better regulation. p.8



1. The Concept of RIA

RIA can contribute to

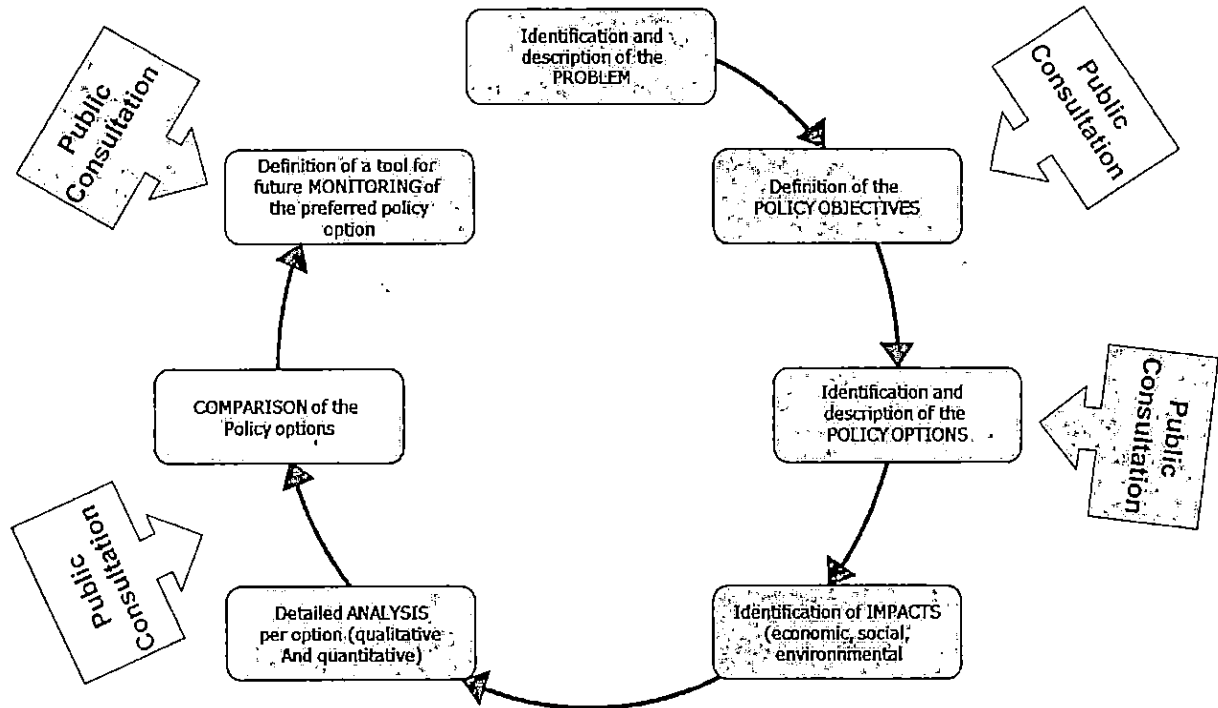
- **Better outcomes for the regulatory intervention**, by assessing impacts in terms of goals and objectives
- **Better processes for decision-making**, consistent with the principles of "good regulation"

What is in a "GOOD" RIA

- A Clear definition of the problem
- A discussion on the RIA process (including the consultation process)
- Qualitative analysis (benefits and costs)
- Quantitative analysis (wherever possible)
- A clear explanation on the decision taken
- Publication of the RIA document



2. Key Processes & Elements of RIA



2. Key Processes & Elements of RIA

OECD RIA Checklist (OECD, 1995)

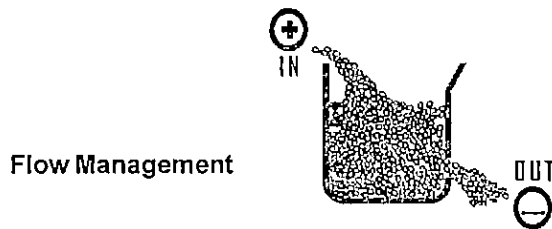
- ✓ Is the Problem correctly defined?
- ✓ Is government action justified?
- ✓ Is regulation the best form of government action?
- ✓ Is there a legal basis for regulation?
- ✓ What is the appropriate level (or levels) of government for this action?
- ✓ Do the benefits of regulation justify the costs?
- ✓ Is the distribution clear, consistent, comprehensible, and accessible to users?
- ✓ Have all interested parties had the opportunity to present their views?
- ✓ How will compliance be achieved?

3. RIA and CICO

Concept of CICO

- Cost-In Cost-Out is the system to keep the total amount of net regulation cost constant
 - CICO applies to the new or strengthened regulations imposing burdens to business activities conducted by individuals or legal entities
 - Each ministry introducing CICO regulations have to submit list of existing regulations to be offset for the purpose of reducing the burden of regulatory cost imposed by CICO regulations (The Prime Minister's Directive - no.669 Article 2. Clause 2.)
- “CICO Regulatory Net Cost” = Direct Cost – Direct Benefit

< Cost-In, Cost-Out >



Page • 11



한국행정연구원

3. RIA and CICO

Cost-In, Cost-Out

- CICO applies to all regulations imposing **direct costs/benefits on business**
- Including not only new/strengthened regulations but also deregulations
- Necessary to identify in advance existing regulatory measures to be offset which have equivalent regulatory cost to new/strengthened regulations
- UK introduced “One-In One-Out” in 2011
and as of 2013, extended to “One-In Two-Out”
- Korean CICO pilot project has been implemented in 8 ministries since July 2014
- As of July 2016 CICO formally introduced in 27 ministries

Page • 12



한국행정연구원

3. RIA and CICO

Regarding to RIA

- **Cost-Benefit analysis in RIA**
 - RIA(C/B) assess the whole economic impacts on society comparing direct and indirect costs and benefits => RIA = Social Cost Benefit Analysis
 - Decision Criteria : Present Net Value of regulation in the society as a whole
- **Cost-benefit analysis in CICO**
 - CICO(C/B) focuses only on the direct costs and direct benefits to the businesses as a decision making criteria => CICO = Private Cost Benefit Analysis

3. RIA and CICO

<RIA impact assessment vs. CICO impact assessment>

	Direct benefit	Indirect benefit	Direct cost	Indirect cost
Stakeholders except Regulated business (citizens, government)	①	②	⑤	⑥
Regulated business	③	④	⑦	⑧

**RIA=Full range
Economic impact**

- Regulatory Impact Analysis
- Present value of direct & indirect benefit cost in the society as a whole
- $(①+②+③+④) - (⑤+⑥+⑦+⑧)$

**CICO=
Business impact**

- Cost-benefit analysis of CICO
- Present value of direct cost benefit of businesses
- $⑦-③$

3. RIA and CICO

Key Elements of CICO

- **Target Group : Regulated Business**
including Small & Medium-Sized Enterprises(SMEs)
 - Any legal entity or individual that conducts economic activities repeatedly and continuously for profit
- **Net Direct Cost : Direct Cost(①) – Direct Benefit(②)**

		COST		BENEFIT	
Regulated Entities	Business and SMEs	Direct Cost ①	Indirect Cost	Direct Benefit ②	Indirect Benefit
	Citizens	Cost		Benefit	
Except regulated entities	Business and SMEs				
	Citizens				
Government					

3. RIA and CICO

Key Elements of CICO

Direct Cost

- **Costs incurred directly to the regulated business & SMEs by the regulation**
 - Primary expenses to comply with the regulation, caused by direct factors of regulation
 - 9 cost items based on Standard Cost Model

Indirect Cost

- **Costs as the secondary effect of the regulation to the regulated business & SMEs**
 - All other costs except the direct cost

Example : Regulation to enhance recycling of wastes and elec. products

Direct Cost

- Cost for recycling waste elec. products (equipment cost, labor cost of gathering, repair & storage, etc.)

Indirect Cost

- Reduction of sales of new elec. Products (burden to manufacturing business)

3. RIA and CICO

Key Elements of CICO

Direct Benefit

- Benefits occur directly to the regulated entities by the regulation
 - Primary benefits gained by complying with the regulation, caused by direct factors of regulation

Indirect Benefit

- Benefits as the secondary effect of regulation incurred to regulated entities
 - All other benefits except the direct benefit
 - Environmental improvement, Safety, Increase in employment etc.

Example : Mandatory Insurance of Life Sports Organizations

Direct Benefit

- Compensation for accident occurred during Life sports competition and classes

Indirect Benefit

- Better reputation and reliability of the life sports organization
- Secure financial guarantee for sudden accident



3. RIA and CICO

Key Elements of CICO

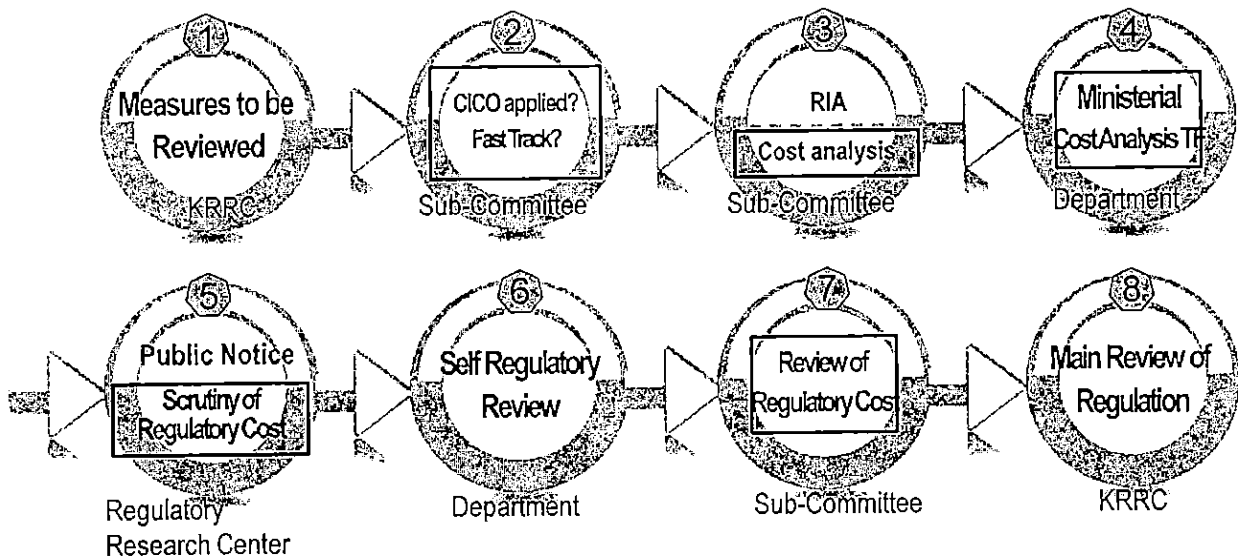
④ Offset

- Assuring process of IN cost – OUT cost
- In the regulatory review process, regulatory offset has to be approved
 - ▶ Whenever Net DirectCost
 - ▶ Proportionate reduction of regulatory cost by repealing or reforming existing regulations (OUTs)
- ✓ Regulatory review of INs & OUTs at the same time
- ✓ In case of delay to prepare OUTs, submit a schedule of OUTs for review
- ✓ Banking for OUTs without matching INs



3. RIA and CICO

Regulatory Review Process with CICO



3. RIA and CICO

5 Regulatory Cost Scrutiny (Regulatory Research Center)

- Bureau of the KRRC transmits department's cost analysis to the Regulatory Research Center(RRC) to scrutiny its validity
- RRC scrutinizes the cost analysis during the public notification period
 - ✓ Measure proposed by economic departments is scrutinized by KDI, social departments by KIPA
 - ✓ Scrutiny focuses on the followings
 - Validity of the identification of cost and benefit bearers
 - Is it correctly identified that who bears the cost and who the benefit
 - Direct cost and direct benefit are identified and calculated?
 - Is the data and statistics reliable and verifiable?
 - Validity of the cost-benefit calculation
 - Is the estimates, the hypothesis of analysis justifiable when no official statistics available?
 - Is the cost and benefit presented in terms of present values with proper discount rate?
 - Is there any solid basis for the estimates and the hypothesis applied?
- Scrutiny reports to the department via the bureau of KRRC
- Grade : Don't agree(Red), Agree(Green), Agree with revision(Amber)
- If Red or Amber, department has to resubmit the analysis after revision according to the scrutiny comments

3. RIA and CICO

The Exception of CICO

According to the Korean Regulatory Reform Committee

1. Civil emergency regulations
2. Comply to International agreements and obligations
*Except measures implementing an international agreement that goes beyond the minimum requirements, resulting in increased costs to business
3. National security and safety regulations
4. Financial system risk regulation, environment crisis regulation with greater social benefits
5. Sunset clause regulation
6. Fees and charges adjusted to inflation
7. Fees and charges permitting beneficial entitlement
* Except when the change in the level of fees and charges results from an expansion or reduction in the scope of regulatory activity
8. Fines and penalties – even if these are levied on a regulated entity for non-compliance with a regulation



II. International Evidences and Cases of RIA

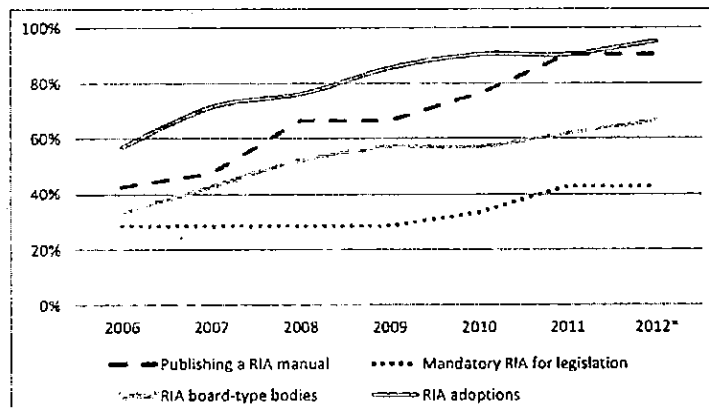
1. International Status of RIA
2. Cases of RIA
3. Korean Regulatory Reform



1. International Status of RIA

- **Widespread adoption of RIA in OECD countries**
: 100% adoption in UK central government
- **Recommended for use in OECD**
- **Growing experimentation with RIA in other economies e.g. transition economies of Central and Eastern Europe**
- **Applying RIA in a development context is still needed**
- ◆ **Institutions implementing regulatory reform policy and regulatory review**
 - **US) Office of Information and Regulatory Affairs(OIRA)**
in the Presidential Office of Management and Budget(OMB)
 - **UK) Better Regulation Executive(BRE) in the Prime Minister's Offices**
 - **Canada) Regulatory Affairs and Orders in Council**
Secretariat in the Prime Minister's Offices
 - **Australia) Office of Regulation Review(ORR) in the Prime Minister's Offices**

1. International Status of RIA



Source) Gutenberg project
database cited in Lianos I.,
Fazekas M., & Karliuk M.(2014)

- **Various basic IA institutions in EU ; Gradually increasing 2006-2012**
 - **Public of a IA manual** : an official methodological aid is published and valid in the given year in a country
 - **IA-Board-Type Body** : an (semi-) independent central body is functional which is devoted to check IA quality in the given year in a country
 - **Mandatory IA for Parliamentary Bills** : IA is mandatory for every bill introduced to the parliament by the government in the given year in a country

2. Cases of RIA



- 1999. 12. **Modern State—Modern Administration** implemented
 - First strategic task of administrative reform was about regulation
- Legislative Assessment(GFA) has been conducted similar to RIA
 - ✓ Ex Ante Legislative Assessment (Prospektive GFA)
 - ✓ Ex Post Legislative Assessment (Retrospektive GFA)
- 2005. **Standard Cost Model** introduced
- 2006. **National Regulatory Control Council** established
- 2014. **Administrative Burden Control Apparatus** (Bürokratie-Bremse) (cf. UK - 'OIOO')

2. Cases of RIA



- In 1981, Reagan Administration introduced **RIA**
 - **Mandatory RIA** ; when federal administration establishes regulation
 - TF installed in OMB
- Clinton Administration introduced **National Performance Review**
 - Including principles of "Good regulation" recommended by OECD in 1995
- In 1996, Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act.
 - Assessing and reflecting impact of new regulation on SMEs
- Regulatory management institution : **OIRA** in OMB
 - Major rule should be submitted with RIA statement for the preliminary review before the pre-announcement of legislation

3. Korean Regulatory Reform & RIA

Background

- **1960s : Government-led, export based strategy of economic development**
→ Became one of the most regulated market economies
- **1980s : Inefficiencies and distortion mounted**
→ The drive for reform was mostly out of political need by popular demand from business
- **The early reform in 1980~90s : not successful**
 - Fragmented reform
 - Temporary advisory committees
 - No innovation in regulatory methods
- **1997 Financial crisis**
 - Financial/Labor market/Corporate/Public Sector reform launched
 - The 4 major sector reforms involved wide range of regulatory reform



3. Korean Regulatory Reform & RIA

The Reform of 1997-1998

- **In 1997, Framework Act of Administrative Regulation (FAAR) enacted**
 - Presidential Regulatory Reform Committee(RRC) established
 - Registration of all regulations
 - Mandatory RIA on all new and important regulations
 - Comprehensive regulatory improvement plan by each ministry each year
- **In 1998, "Regulatory Guillotine"**
 - President ordered to eliminate 50% of existing 11,125 regulations by the end of 1998 in April 1998.
 - Each ministry had to submit a full inventory of its regulations and a proposal of eliminating it less than 50%
 - By the end of 1999, the total number of regulations decreased to 6,308
 - Among the remaining regulations, 2,411 regulations were modified



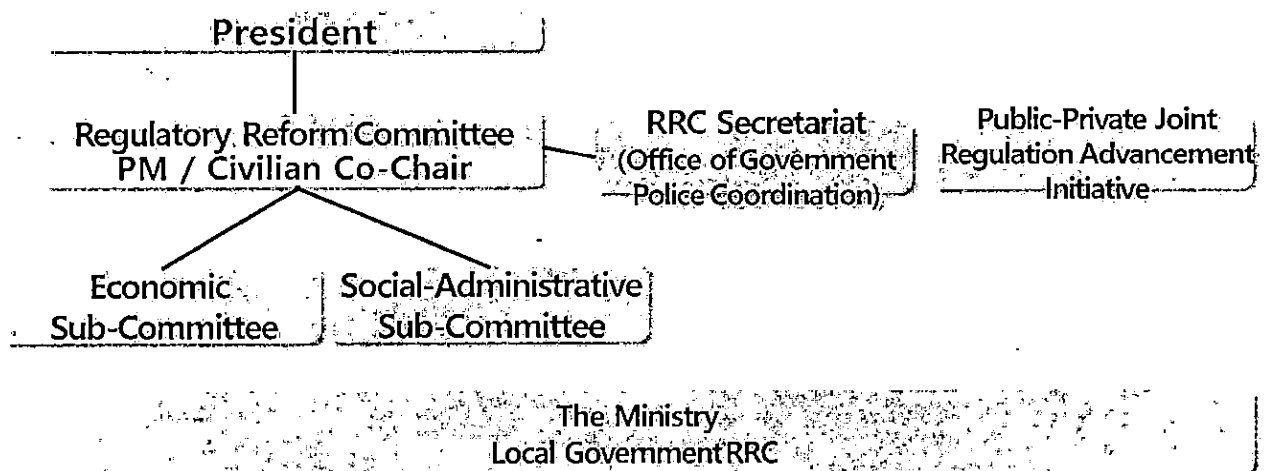
3. Korean Regulatory Reform & RIA

Regulatory Reform Committee

- The Presidential Regulatory Reform Committee (RRC)
 - Established in 1998
 - Key instrument to implement 'the Guillotine'
 - Regulatory Review on new & strengthened regulations with RIA
 - Co-chaired by the Prime Minister and a civilian co-chairman
 - 20 ~ 25 members including co-chair (as of Jan. 2010)
 - Civilian members are appointed by the President for 2 year term
 - Government Committee Members: Minister of Strategy and Finance, Minister of Trade, Industry and Energy, Minister of the Interior, Minister of Office for Government Policy Coordination, Fair Trade Commission, Ministry of Public Safety and Security, Minister of Government Legislation
 - The Secretariat of RRC : the office of policy coordination in the Prime Minister's Office

3. Korean Regulatory Reform & RIA

Organization of RRC



3. Korean Regulatory Reform & RIA

Functions of RRC

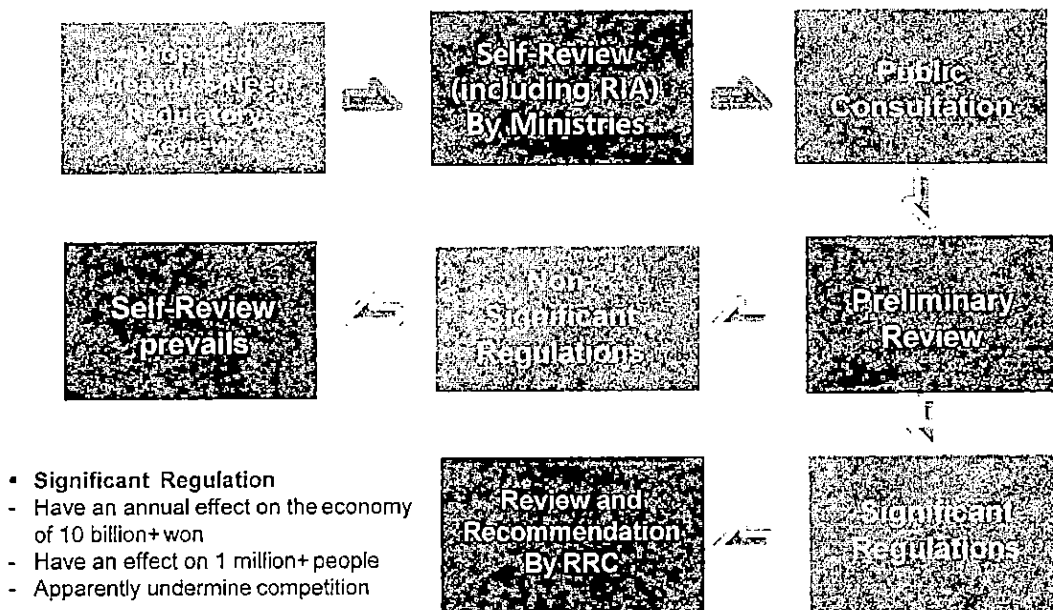
- Major Functions of RRC
 - Determining basic direction of regulatory policy and research/development of regulatory systems
 - Evaluating new regulations and those to be strengthened
 - Evaluating existing regulations, drafting and executing comprehensive regulatory reform plan
 - Registering and publicizing regulations
 - Gathering and considering opinions on regulatory reform
 - Inspecting and evaluating actual regulatory reform progress at each administrative level
- Major Tasks of the Secretariat
 - Preliminary investigation and recommendation on regulatory measures to be introduced to the Committee and Sub-committees
 - Preparing main reviews of the Committee
 - Administrative support for the RRC
 - Checking and evaluating progress of the Committee decisions

Page • 31

3. Korean Regulatory Reform & RIA

Regulatory Review by RRC

- The RRC will complete review procedure within 45 days. (Within 10 days in case of less-important regulations.)



Page • 32

3. Korean Regulatory Reform & RIA

Review Principles of RRC

1. Competition enhancing economic regulations, more efficient & effective social regulations
2. From prior regulation to posterior regulation
3. Increasing transparency of regulations, and reducing excessive discretion by field-level bureaucrats
4. Eliminate regulations with low compliance or whose costs outweigh the benefits
5. Making overlapping regulations to a single unified regulation.
6. Eliminate regulations outdated to global standards



3. Korean Regulatory Reform & RIA

Lessons from case of Korea

- Make regulatory reform a permanent government function,
both in institutions and in the administrative procedure.
Avoid confrontation between bureaucrats and civilians.
- Create an independent oversight body at highest level of the government
control regulatory quality
check the "pro-regulation" tendency of line ministries.
initiate regulatory reform at the whole-government level
- Organize and mobilize reform minded opinion leaders in the society.



III. How to Conduct RIA

1. Summary of Regulation
2. Necessity & Alternatives
3. Appropriateness of Regulation
4. Effectiveness of Regulation.
5. Implementation & Conclusion



1. Summary of Regulation

Items	Content
1. Name of regulation	• Name of regulation indicating the content of regulation
2. Base of regulatory clauses	• Name of decree or law that regulation bases on
3. Legal base of regulation	• The name of law or act which serves the base of regulation
4. Type	• New or Strengthened Regulation
5. Public notification	• Period of the legislative notice
6. Review Stage	• Review stage of the document
7. Background / Necessity of government intervention	• Description of the background and context of a problem that new/strengthened regulation is to resolve
8. Content of Regulation	• Summary of specific content of the regulation
9. Regulated Groups and Stakeholders	• Identification of the directly regulated entities, interested groups and relational institutions
10. Expected Effect	• Expected effect of the regulation to solve the problem
11. Cost-Benefit Analysis	• Summary of quantitative cost-benefit analysis of the regulation
12. Other Impact Analysis	• Technology / Competition / Mid-term Impact Analysis
13. Sunset Clause	• Term and period of regulatory maintenance and review (FAAR Article 8.)
14. Cost In, Cost Out	• Application of CICO • Direct cost/benefit analysis for the regulated business and SMEs



1. Summary of Regulation

9 Indicators of RIA

1. Necessity of new & strengthened regulations
2. Feasibility of the objectives of regulations
3. Alternatives to regulation, or possible overlapping of existing regulations
4. Cost-benefit analysis of regulation
5. Effects on small and medium-sized enterprises
6. Anti-competition factor evaluation
7. Objectivity and clarity of regulation
8. Budget and human resources for enforcement
9. Required forms, documents, procedures to comply with regulation

Page • 37



한국행정연구원

2. Necessity of Regulation and Options

Describe problems

- Suggest data, statistics, or trend report of an object that the new & strengthened regulation purposes to resolve

Necessity of Regulation

- Suggest the reason why the government should intervene in a situation where it is difficult to solve the problem autonomously by the market or private sector with supporting data.

#Case : Increasing a charge for reducing public health damage

Smoking Rete of Adult Male (OECD, 2012)

Korea	Turkey	Japan	US	Sweden
37.6%	37.3%	34.1%	15.9%	12.8%

* Source : www.nosmokeguide.or.kr, OECD Health Data 2014.

Comparison of the price of cigarette
(Based on the index of purchasing power parity)

Korea	US	UK	France	Australia	Germany	Vietnam
1.00	1.52	3.50	1.53	1.68	1.52	3.74

* Source : World Bank, 2014

Page • 38



한국행정연구원

2. Necessity of Regulation and Options

Review Various Options

- Status Quo Option : The scenario of doing nothing
- Regulatory Option 1 : Preferred option that the ministry wants to take
- Regulatory Option 2 : Other ways of regulation or non-regulation including incentive, social movement, autonomy regulation and modification of existing regulation.

#Case : Act on the Traceability of Pork

Option	Content	Merit	Demerit
Status Quo	- No traceability management	- No additional budget	- No resolution of problems suggested
Tattoo By Each Farm	- Assign identification number to each farm and tattoo the number on every pig in the farm	- Relatively low cost - Regulatory objective can be achieved by the farm-based traceability management system	- Impossible to trace each pig in real time
Digital Chip On Each Unit	- Attach a digital chip on every pig and manage traceability of each unit	- Possible to trace each unit in real time	- Difficulty of attaching chip - Relatively high cost



2. Necessity of Regulation and Options

Consultation with interested parties

- Hold public consultation for the regulated entities and diverse interested parties, and provide specific opinions and action results from the consultation

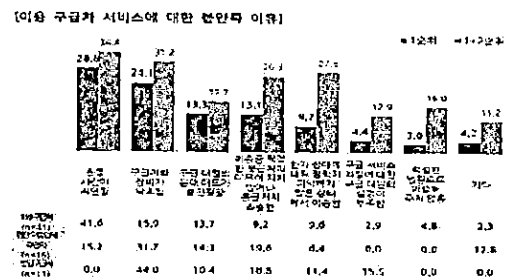
#Case : Regulation on oriental medicine material

Consultation	Date	Stakeholder	Issues & Opinion	Action result
Industry	2005.5. 4.	Korea Pharmaceutical Manufacturers Association	- 모든 생약에 적용하는 농약 10개 성분 추가, 개별품목별 잔류허용기준(9개 품목 27성분)을 신설하는 개정안에 반대 - 농약 검출이력이 있는 62개 품목에 대해서만 15개 농약 성분을 추가하여 우선 시행한 후, 지속적 모니터링 후 검출된 품목을 추가하는 것이 바람직, 관련 업계의 준비를 위해 6개월간의 유예기간 설정 요청	- '99~'03년까지 같은 등 148품목 1,440건에 대해 농약 136개 성분을 분석한 결과 43개 농약성분이 검출되었고, 이 중 10개 성분에 대해 잔류허용기준을 설정하는 것이라 는 취지 설명, 6개월 유예기간 설정 의견에 대해서는 수용하여 반영
NGO	2005.5.13.	Citizen's meeting about consumer issue	- 잔류허용기준 설정기준(안) 설명, 특별한 의견없음	



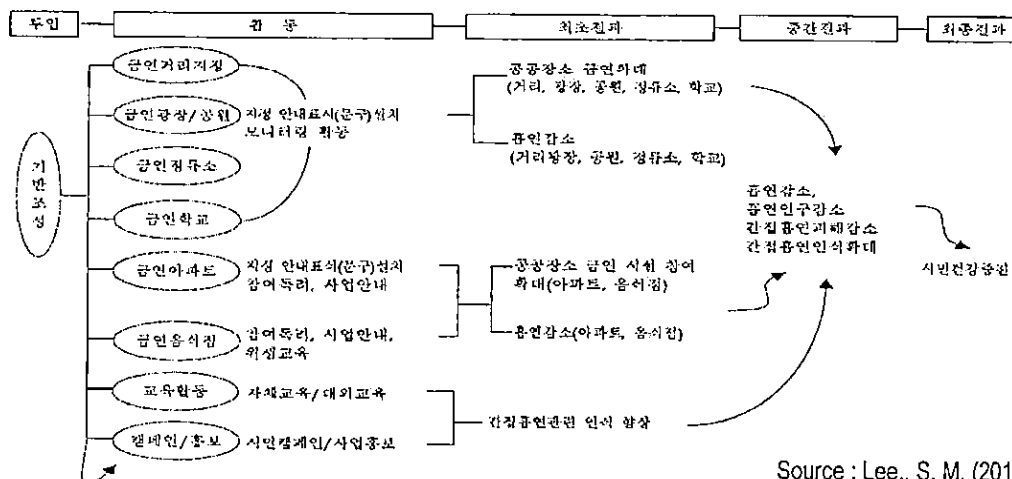
- Describe the expected problem solving by the introduction of the regulation
- Including direct result and more comprehensive socio-economical effect
- Match the effect to the problem suggested above
- Specific items of the expected effect → regulatory benefit

- Expected effect : Increase in satisfaction of using emergency vehicle
- Major reason of discontent : "Outdated vehicle & equipment" (24.1%)
- Improvement of vehicle can contribute to satisfaction



3. Appropriateness of Regulation

- The regulatory option should be **proportional** to the problem or risk to be addressed
- **Regulatory Cost < Regulatory Benefit**
- *E.g. Problem Logic Model* ⇨ *the relevance and appropriateness of the regulatory measure and objectives*



Source : Lee., S. M. (2011)

3. Appropriateness of Regulation

Impact Assessment

- **Impact Assessment on SMEs**
 - Confirm whether MSE is included in the regulated entities
 - Identify regulative burden by company size and suggest the necessity of SMEs Impact Analysis if it is needed
 - SMEs Impact Analysis will be carried out separately
- **Impact Assessment on Competition**
 - Confirmation of market entry and sales activity limitation
 - Ensure if regulation discriminates against new entrants and existing operators
 - Confirm if regulation decreases consumer welfare
 - Competition Impact Analysis will be carried out separately



3. Appropriateness of Regulation

Similar Legislation Cases

- Use external standards to demonstrate the adequacy of regulation
- Cases of international institutions and major developed, and similar legislation cases
- Objectivity and validity of the selection of cases is needed

#Case : Act on Autonomous Safety Certification of Electrical Products

State	Content	Certification Authority	Remarks
US	Household appliance & parts ; over 10,200 items Oversight : 2-4 times a year / any time	Underwriters Laboratories	Private certification (substantial mandatory)
EU	All Low voltage electric equipment (50-1000V) Oversight : Market research	Up to each member country	Autonomous Safety Check
Japan	Household appliance ; 112 items Oversight : Once a year	6 Private institutions	By third party or Autonomously

Source : 한국기계전기전자시험연구원(2013). 전기용품의 자율안전인증제도 조사. P.7



3. Appropriateness of Regulation

Cost-Benefit Analysis (1)

Identify Affected Groups

- Regulated group(business/citizen) ⇨ Regulatory cost
- Regulatory benefit group
- Organizations and groups implementing regulation (government)

Identify Items of Cost and Benefit

- Direct Cost/Benefit + Indirect Cost/Benefit
 - ⇨ Distinction of direct/indirect is only applied to the regulated business and SMEs
- Quantitative Analysis (monetary) + Qualitative Analysis (non-monetary)

Measure & Compare Cost / Benefit

- Determination of Price base year, Present value base year and Discount rate
- Exclusion of Double counting
- Sensitivity Analysis (if uncertainty exists)



3. Appropriateness of Regulation

Cost-Benefit Analysis (2)

Identifying Affected Groups : Who will be regulated?

- ✓ Prescribe the regulated entity by the subject given in the decree

Identifying the size and trend of the regulated group

- ✓ The size and trend of regulated group can change

Given subject in the decree	The regulated entity
"Life Sports Class ~"	Life Sports Class

- 2,685 Life Sports Classes (2015)



3. Appropriateness of Regulation

Cost-Benefit Analysis (3)

Identify Task and Activities

- ✓ Base on the relevant act and decree
including consideration of the high-level law and the industrial situation
- ✓ Tasks to comply with regulation includes various particular activities

#Example : Act on the Traceability of Pork - Farm based management

Required Task	Activities for required task	Cost item
Purchasing tattoo equipment	• Purchasing tattoo materials	Equipment
	• Purchasing cartridge	Input materials
Operating tattoo	• Tattooing each pig	Labor cost



3. Appropriateness of Regulation

Cost-Benefit Analysis (4)

Direct Benefit

- ✓ Regulated business and SMEs Only
- ✓ Exclusion of the secondary effect
 - Only benefits directly obtained by compliance with regulation
 - Purposes of social regulation (national security, welfare etc.)
 - ☞ secondary effect
- ✓ Exclusion of effects of other factors
 - Benefits likely to have a third factor are excluded from direct benefit



3. Appropriateness of Regulation

Cost-Benefit Analysis (5)

- Data, calculation basis and assumptions, interested group consultation
 - ✓ Price, Cost, Wage use the latest data with credibility
 - ※ Unable to use statistics ; Use indicator values from survey or estimates
 - ✓ Important figure Considering changes in 5 years and the rate of change
 - ✓ Specify calculation basis, assumptions and source of data
 - ✓ Cost / Benefit occurrence based on 10 years
 - ※ The period of analysis can be adjusted in special case by decision of the Cost Expert Committee
 - ✓ Interested group consultation throughout the whole RIA process

3. Appropriateness of Regulation

Case of CBA

- ❖ The Regulation of Life Sports Insurance (pre-announced by 2015. 5.)
 - Mandatory insurance subscription
for sports competition and activities not held in athletic facilities
- Affected Group: Life Sports Competition and Life Sports Class
- Task & Activity to comply with regulation : Insurance Subscription
- ✓ Direct Cost occurs = Insurance Fee (included in registration fee)
- ✓ Direct Benefit occurs = Insurance Compensation

3. Appropriateness of Regulation

Subject of BA / Pos Analysis (1)

❖ Life Sports Competition ; direct cost calculation

<Subscription status of the Organizer liability insurance in 2014>

Organizations	Participants	Insurance fee

(source: Sports Safety Foundation)

- ✓ Insurance fee per Competition : **963 thousand won**
(120,433 thousand won / 125)
- ✓ Participants per Competition : **1,632** (204,012 / 125)
- ✓ Insurance fee per Participant : **590won** (963 thousand won / 1,632)

- total 7,099 Life Sports Competitions held in 2014 (average 300 participants)

(source : 2013 Sports white paper. Ministry of culture, sport and tourism, 2014.)

- Insurance Fee of Life Sports Competition : 6,836,337 thousand won
(7,099 X 963 thousand won)



3. Appropriateness of Regulation

Subject of BA / Pos Analysis (2)

❖ Life Sports Class ; Direct Cost Calculation

- ✓ Annual average **3,832.8** Life Sports Classes (average 150 participants)
* calculated by 10-year average considering annual change (source: 2013 sports white paper, 2014.)
- ✓ Insurance fee per Life Sports Class : **674 thousand won***
* Insurance fee of Life sports class is about 70% of life sports competition's fee
(source : Insurer's opinion)
- ✓ Insurance fee per Participant : **4,493won** (674 thousand won / 150)

- Insurance fee of Life Sports Class : 2,583,307 thousand won
(3,832.8 X 674 thousand won)

- Annual Direct Cost : Life Sports Competitions' + Life Sports Classes'
= 6,836,337 thousand won + 2,583,307 thousand won
= 9,419,644 thousand won



3. Appropriateness of Regulation

❖ Direct Benefit Calculation

- ✓ Total participants of life sports competition and class : **2,704,620**
 - Life sports competition : $7,099 \times 300$ (average participants) = 2,129,700
 - Life sports class : $3,832.8 \times 150$ (average participants) = 574,920
- ✓ Compensation of organizer liability insurance : **493 thousand won**
 - Number of accidents : 1,626 / Amount of compensation : 800,908 thousand won
 - Average compensation : 493 thousand won (800,908 thousand won / 1,626)
- ✓ Expected accident occurred personnel : **3,516**
 - $2,704,620$ (total participants) $\times$ 0.13% (accident rate) = 3,516

➤ Annual Direct Benefit

(Insurance charge on registration fee + Insurance Compensation)
 = 9,419,644 thousand won + 1,733,388 thousand won
 (3,516(expected accident) X 493 thousand won(average compensation))
 = 11,153,032 thousand won

➤ Net Cost = Direct Cost – Direct Benefit = (-)173,340 thousand won



4. Effectiveness of Regulation

Compliance of Regulation

- Qualitative judgment of the possibility of regulatory compliance
- Review the compliance process
- Cost / Benefit changes by regulatory compliance rate (proportional or tipping point)
- Lower regulatory bypass cost → Lower Compliance
- Predict & utilize regulatory compliance rate through regulatory compliance survey

#Case : Survey on Regulatory Compliance in Forest Sector (2005)

	Limitation of development height	Limitation of development size
Complied Strongly	10.9%	20.8%
Complied Well	47.2%	51.2%
Compliance	58.1%	72.0%
Complied Not very well	29.4%	15.8%
Complied Not at all	3.3%	3.0%
No idea / No answer	9.2%	9.2%



4. Effectiveness of Regulation

Feasibility of Regulation

Administrative and Financial Feasibility

- Consider the government's circumstances for implementing regulation
 - organization, man power, budget etc.

#Case : Mandatory safety check & report of children's play facility

- Original option : Conducting self check once every two weeks by facility manager
 - ✓ Difficult to confirm whether safety check done substantially
 - Realistic obstacle of securing regulatory enforcement
 - ✓ Decided to relax the regulation to 'once a month' to secure feasibility of regulation and Determined 5 million won for a fine



5. Implementation & Conclusion

Implementation Progress

Describe ...

- ✓ Policy progress : internal reviews, stake holder feedback
- ✓ Background and process of regulation introduction
- ✓ Transition and modification of the regulatory option

#Case : Regulation of mobile phone subsidy

- Background of introduction of regulation
 - To prevent unnecessary consumption and waste of resources
 - To prevent mismanagement of mobile phone business
 - To provide competitive environment by promoting competition of phone bills
- Procedure of introduction of regulation
 - 2000. 5. : Consultation with 5 mobile telecom companies, mobile phone manufacturers and the Minister of Economy
 - 2000. 5. : Ban on subsidy reflected in Terms of Use
 - 2002. 12. : Revision of Telecommunications Business Act



- Establish Regulatory due date and review period : **time & condition**
- Establish indicator index for Ex-Post Evaluation of regulation
 - ❖ SMART Index : Specific, Measurable, Attainable, Reliable, Timely

Evaluation	Features & Evaluation indicators	Application
Economic evaluation	Including Cost-Benefit Analysis or Cost-Effect Analysis Focused on regulatory impact and effect	Loss of effect
Impact evaluation	Focused on the level of regulatory impact and effect Emphasizing direct contribution of regulation	Loss of effect
Outcome evaluation	Comparison of pre and post major effect of regulation Including correlation	Re-examination Loss of effect
Process evaluation	Expected result and side effect of regulation	Re-examination
Light touch review	Re-conduct of impact analysis while minimizing new data	Re-examination

[illegible]

 문화체육관광부

2. 평가요소별 규제임팩트분석

가. 규제의 필요성



1) 현황 및 문제점



- 생활체육진흥법 제12조에 따라 동법 시행령안 제5조에 생활체육 단체로하여금 손해보험이나 공제에 가입하도록 규정

제12조(보험가입 등) ① 법 제12조에 따른 생활체육단체 등은 다음 각호와 같다.
1. 법 제2조제3호의 '생활체육종목단체'
2. 법 제2조제4호의 '체육동호인조직'
3. 법 제2조제5호의 '스포츠클럽'
4. 법 제7조제3항의 '국민생활체육회의 지부·지회'
② 제1항의 단체는 정부 또는 지방자치단체가 개회, 후원하는 경우에 한하여 다음 각 호의 기준에 따라 손해보험이나 공제에 가입하여야 한다.
1. 생활체육대회 : 대회에 참여하는 등속원 사람 수에 맞게 가입할 것
2. 생활체육 강습 : 강습에 참여하는 등속원 사람 수 및 강습기간 동안 가입할 것
③ 생활체육대회 및 생활체육 강습을 주최하는 생활체육단체 등은 보험료를 참가자의 등속비에 부과하여 징수할 수 있다.

2) 규제의 신설·강화 필요성

□ 규제 도입 목적



- 생활체육 대회 및 강습에 참여하는 일반국민의 안전을 확보하여 안전하고 건강하게 생활체육 활동을 즐길 수 있도록 하기 위한 최소한의 보장제도로 손해보험 및 공제 가입 필요

□ 규제의 타당성



< 해당 규제가 도입 목적을 달성하기에 적합한 수단인지 여부 >

- 생활체육대회나 강습 등 참가과정에서 발생할 수 있는 피해를 보상하기 위한 보장제도로 필수적인 수단임

- 2 -

< 기존 규제만으로 목적을 달성할 수 있는지 여부 >

- '체육시설의 설치·이용에 관한 법률'에 체육시설 안에서 발생한 피해를 보상하기 위하여 체육시설업자는 보험에 가입하도록 하고 있으나 책임보험 성격의 의무보험을 가입하도록 규정한 것으로서 체육시설 이용자의 안전사고에 대하여는 두텁게 보장하고 있지 못하는 한계가 있는 바, 체육시설 외에서의 체육활동(강습 포함) 시 발생하는 피해보상제도가 없어 기존 규제만으로는 미흡

< 비규제 대안, 덜 규제적인 대안으로 목적달성이 가능한지 여부 >

- 심폐소생술 교육, 자동제세동기 보급, 안전요원 배치 등 비규제 대안과 자율 보험가입 등 덜 규제적인 대안은 사고 위험성이 높은 제도권 밖 안전사고에 대한 실효성 확보가 어려움

□ 규제의 적정성



< 규제 정도 및 수준이 적당한지 여부 >

- 생활체육에 참가하는 국민의 안전을 보장하기 위한 최소한의 장치로, 생활체육의 안전성 확보를 위한 적절한 규제라고 판단함.

< 해외사례, 타법사례 분석 및 비교 >

- 프랑스의 스포츠보험 가입에 관한 규정
- 「아마추어 스포츠보험에 관한 규칙」(1962. 5.5) 제정
- 「스포츠기본법」(1984. 6. 17)에 따라 의무가입
○ 호주 스포츠보험 가입에 관한 규정
- 호주 정부 및 호주스포츠협회(CAS)에 의한 스포츠 보험에 관한 기구 설립(CASICO)(1977)
- 1인당 2달러의 저렴한 보험료를 통한 정책적 보급 실시

< 위임근거 검토 >

- 생활체육진흥법 제12조(보험 등 가입) : 2015. 3.27. 공포, 2016. 3.28. 시행
- "생활체육대회를 개최하거나 생활체육 강습을 하려는 생활체육

- 3 -

Page = 59



한국행정연구원

단체 등은 대통령령으로 정하는 바에 따라 보험 또는 공제(共濟)에 가입하여야 한다"고 명시됨.

제12조(보험 등 가입) 생활체육대회를 개최하거나 생활체육 강습을 하려는 생활체육단체 등은 대통령령으로 정하는 바에 따라 보험 또는 공제(共濟)에 가입하여야 한다.

나. 규제대안 검토 및 비용·편익 분석과 비교



1) 규제대안의 검토

- 「생활체육진흥법」 제12조에 "생활체육단체 등은 보험 및 공제(共濟)에 가입하여야 한다"고 규정하고 있는바, 대안이 없음

- 생활체육대회를 개최하거나 생활체육 강습을 하려는 생활체육 단체 등은 보험 및 공제에 의무가입을 통해 안전한 생활체육 여건을 조성할 수 있음

2) 비용·편익 분석과 비교

① 비용



- (직접비용) 의무제자"에게" ▲ 생활체육대회 개최 및 ▲ 생활체육 강습에 따른 손해보험(공제) 가입비용이 발생

· 생활체육 대회 및 생활체육 강습을 주최하는 자 「생활체육법 시행령」 제52조3항
- 생활체육대회 보험가입 비용 6,836,337천원과 생활체육 강습 보험가입 비용 2,583,307천원을 합한 총 9,419,644천원임

i) 생활체육대회 개최 관련 손해보험(공제) 가입 비용

- 생활체육대회의 연간 손해보험 가입비용은 총 6,836,337천원 발생
- 7,099개 대회 × 963천원 = 6,836,337천원
· 2013년 기준 전국 생활체육체육대회 7,099개 대회" 및 "스포츠초안전제단" 손해보험 가입비용 평균 금액 963천원"으로 계

- 4 -

산 시 7,099개 대회 × 963천원 = 6,836,337천원 비용발생

· 2013년 전국 생활체육대회 현황

구분	2013년도지역별생활체육대회개최현황(단위:개)									
	경기	충청	전라	전남	경상	경북	충북	충남	강원	기타
개최	204	217	124	104	15	17	64	75	30	1,066

(출처 : 2013 통계청서, 문화체육관광부, 2014)

· 손해보험 가입 평균액: 120,433천원(보험가입총액) / 125개 대회수 = 963천원

· <2014년도 "스포츠초안전제단" 생활체육대회 주최자배상책임보험 가입현황>

구분	개최	가입	가입금액
개최	125개 대회	204개 대회	120,433천원

· '14년도 개최된 전체 생활체육대회 및 강습 실적 관련 통계자료는 앞으로는 생활체육대회 등 개최된 주최측에서 스포츠초안전제단과 유해 무해에 관한 '14년도 주최자배상책임보험 가입현황(스포츠초안전제단 내부자료)을 활용

ii) 생활체육 강습 관련 손해보험(공제) 가입비용

- 생활체육 강습의 연간 손해보험 가입비용은 총 1,809,690천원
- 3,832.8개소 × 674천원 = 2,583,307천원
· 10년 간 평균 전국 생활체육 강습소 3,832.8개소*와 손해보험 평균 가입비용 674천원**으로 계산 시 3,832.8개소 × 674천원 = 2,583,307천원 비용발생

· 연도별 시도 생활체육교실 운영 수

연도	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
개소수	3,774	4,211	3,915	3,945	3,595	4,785	4,145	3,901	4,022	3,965

(출처 : 2013 통계청서, 문화체육관광부, 2014)

· 10년간 평균 생활체육교실 운영 수 = 3,928개소 / 10년 = 3,832.8개소

· 강습소당 평균 손해보험 가입비용: 생활체육대회 보험가액 963천원 × 70% = 674천원

· 생활체육 강습의 경우 인명 규모가 작고, 실내 스포츠가 대부분임 함을 감안 2014년도 "스포츠초안전제단" 생활체육대회 주최자배상책임보험 평균 가입금액인 963천원의 70%정도 적용(스포츠초안전제단)의 강습에 보험 적용에 대한 해당 보정시(미리준) 적용

- 5 -

Page = 60



한국행정연구원

⇒ 연간 직접비용 총합

- 생활체육 개최 관련 손해보험(공제) 가입비용(6,836,337,000원) + 생활체육 강습 관련 손해보험(공제) 가입비용(2,563,307,000원) = 9,419,644,000원

○ (간접비용) 생활체육대회 및 생활체육강습 등록비가 상승하여 이용자(국민)에게 비용 발생

- 시장권 제553항에 따라 피규제자는 보험료를 참가자의 등록비에 부과하여 징수할 수 있으므로 추가되는 비용만큼 이용자로부터 회수 가능

② 편의 Benefit analysis

- (직접편익) 피규제자가 생활체육 대회 및 강습 이용자에게 등록비를 돌려 받음으로써 수입이 증대하고, 사고발생시 보험회사로부터 보상을 받을 수 있으므로 그만큼의 비용이 보전되어, 편익 발생
- 생활체육대회 및 생활체육 강습 참가자의 보험료 수입액 9,419,644천원과 손해보험 보상비용 1,733,388천원을 합한 금액 총 11,153,032천원

i) 등록비 상승에 따른 수입 증가액

- 손해보험 가입비용을 보전하기 위해서 추가 부담분만큼 등록비를 올릴 것이므로 피규제자 수입은 증식(손해보험(공제) 가입비용=수입증가분)하므로 편익은 손해보험 가입비용 9,419,644천원

ii) 사고 발생에 따른 보상비용 감소액

- 생활체육대회 및 생활체육 강습 중 사고발생에 따른 손해보험 보상비용은 사고발생 예상인원 3,516명 × 손해보험 평균 보상비용 493천원 적용 시 총 1,733,388천원 발생
- 연간 사고발생 예상 인원은 전체 참가자 수 2,704,620명(참가

자수) × 0.13%(사고발생률) = 3,516명으로 추산

- 참가자수: 2,704,620명

- 생활체육대회 참가자 : 7,099개 대학 × 300명(평균 참가자) = 2,129,700명
- 생활체육 강습 참가자 : 3,832개소 × 150명(평균 참가자) = 574,920명

⇒ 사고발생률: (1,626건(보상건) / 1,258,214명(보험가입자수) × 100) = 0.13% < 2014년도 '스포츠안전재단' 주최자배상책임보험 보상편익 >

보험가입자수	보상건수	보상금액
1258214명	1626건	300,000천원

※ 정해진 사고발생률 산정에 대해서는 생활체육대회와 생활체육 강습에 대해서만 손해보험 보상건수와 보험가입자수를 적용하나 보험사측 보험가입 및 유익 이용과 반대-선용이 여러위 전체 보험가입자수와 보상건수 적용(2014년 '스포츠안전재단' 보험 무상시도)

- 평균보상비용은 '스포츠안전재단'의 보험가입에 대한 보상비용으로 연간보상액 800,908천원 / 연간 보상건수 1,626건 = 493천원

⇒ 연간 직접편익 총합

- 등록비 상승에 따른 수입증가액(9,419,644,000원) + 보상비용 감소액(1,733,388,000원) = 11,153,032,000원

- (간접편익) 손해보험(공제)회사도 보험가입이 증가되어 수익이 증대하고 손해보험(공제)가입으로 안전사고에 대한 재무적 안정성 및 심리적 안전감 확보, 이는 생활체육 참여 확대에 이어져 궁극적으로는 국민의 체력이 증진될 것으로 기대

다. 규제집행의 실효성 Feasibility on regulation

1) 이해관계자 의견 및 반영여부

- 일방적이고 기간 동안 이해관계자 의견 없음

2) 집행자원 및 능력 Public consultation

- (집행자원) 국민생활체육회와 '스포츠안전재단'이 이미 생활체육 대회 및 생활체육 강습 보험가입 등을 위한 집행 예산을 비롯하여 관련 인력·물적 자원을 확보하였음



- (집행능력) 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 제26조 등 기타 타 법규에서 이용자보호를 위한 의무보험의 가입대상을 규정하고 있는 바, 동 규정의 시행으로 인한 행정적, 기술적 문제점은 없음

라. 기대 효과 Expected benefit of regulation

- 생활체육대회 및 생활체육 강습의 과정에서 발생할 피해보상에 대한 보상제도를 마련함으로써, 약 463만 명의 생활체육동호인의 안전한 생활체육 참가를 보장하여 생활체육 수요 촉진 및 국민 체력 증진에 기여



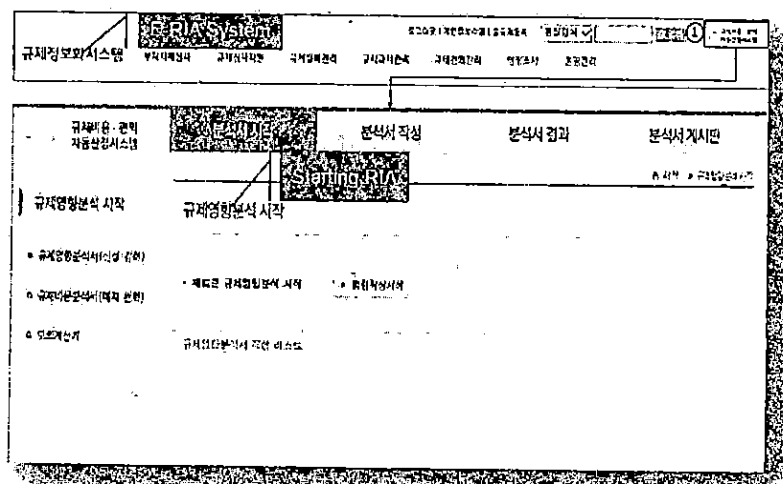
IV. Korean E-RIA system

1. Korean E-RIA System
2. Key Process of E-RIA
3. Lessons and Implications

Page • 63

1. Korean E-RIA System

- Web based online RIA system replaces manual RIA statement
- Department officials access and input RIA contents online
- For significant regulations, Regulatory Research Center(RRC) scrutinized validity of RIA (informal scrutiny process)
- For regulations with cost more than \$1 million, RRC scrutinizes validity of Regulatory Cost Analysis



Page • 64

Launching RIA

Page - 65

Selection of regulatory target group

 한국행정연구원
The Korean Administrative Science Society

2. Key Process of E-RIA

Direct cost analysis for each option

현행유지안 : 현행유지안

피규제 기업·소상공인 직접비용표

1st Option: Do Nothing

현행유지안 : 현행유지안

2

전무 추가

Name of required task

Adding required task

3

직접비용 항목 / 목록

4

직접비용 항목

Explain direct cost of required task

저장



2. Key Process of E-RIA

Direct cost for regulated business

대안별 비용·편익분석

현행유지안 : 직접비용

1

Subclassification of business

2

Name of activity (or) compliance

3

Direct cost item

세분류 코드

활동 코드

비용 항목

직접비용

노동

교육훈련

외부서비스

장비

신재료

운영

지연

기타

Direct cost items

- Administrative burdens
- Labor cost
- Education & Training
- Outsourcing
- Equipment
- Input materials
- Operation
- Deferred cost
- Etc.



2. Key Process of E-RIA

Specification of direct cost

· 일시적/반복적	☐ 일시적	☐ 반복적
· 연도별 균등	☐ 예	☐ 아니요
· 연도별 증감	☐ 예	☐ 아니요
· 초기발생년차 · 지속기간 · 연도별 증감율		

2. Key Process of E-RIA

Direct cost table for each regulated business group

구분	구분	구분	구분	구분	구분	구분
1	2	3	4	5	6	7
1	1	1.1	1.1.1	1.1.1.1	1.1.1.1.1	1.1.1.1.1.1
2	2	2.1	2.1.1	2.1.1.1	2.1.1.1.1	2.1.1.1.1.1
3	3	3.1	3.1.1	3.1.1.1	3.1.1.1.1	3.1.1.1.1.1
4	4	4.1	4.1.1	4.1.1.1	4.1.1.1.1	4.1.1.1.1.1
5	5	5.1	5.1.1	5.1.1.1	5.1.1.1.1	5.1.1.1.1.1
6	6	6.1	6.1.1	6.1.1.1	6.1.1.1.1	6.1.1.1.1.1
7	7	7.1	7.1.1	7.1.1.1	7.1.1.1.1	7.1.1.1.1.1
8	8	8.1	8.1.1	8.1.1.1	8.1.1.1.1	8.1.1.1.1.1
9	9	9.1	9.1.1	9.1.1.1	9.1.1.1.1	9.1.1.1.1.1
10	10	10.1	10.1.1	10.1.1.1	10.1.1.1.1	10.1.1.1.1.1
11	11	11.1	11.1.1	11.1.1.1	11.1.1.1.1	11.1.1.1.1.1
12	12	12.1	12.1.1	12.1.1.1	12.1.1.1.1	12.1.1.1.1.1
13	13	13.1	13.1.1	13.1.1.1	13.1.1.1.1	13.1.1.1.1.1
14	14	14.1	14.1.1	14.1.1.1	14.1.1.1.1	14.1.1.1.1.1
15	15	15.1	15.1.1	15.1.1.1	15.1.1.1.1	15.1.1.1.1.1
16	16	16.1	16.1.1	16.1.1.1	16.1.1.1.1	16.1.1.1.1.1
17	17	17.1	17.1.1	17.1.1.1	17.1.1.1.1	17.1.1.1.1.1
18	18	18.1	18.1.1	18.1.1.1	18.1.1.1.1	18.1.1.1.1.1
19	19	19.1	19.1.1	19.1.1.1	19.1.1.1.1	19.1.1.1.1.1
20	20	20.1	20.1.1	20.1.1.1	20.1.1.1.1	20.1.1.1.1.1
21	21	21.1	21.1.1	21.1.1.1	21.1.1.1.1	21.1.1.1.1.1
22	22	22.1	22.1.1	22.1.1.1	22.1.1.1.1	22.1.1.1.1.1
23	23	23.1	23.1.1	23.1.1.1	23.1.1.1.1	23.1.1.1.1.1
24	24	24.1	24.1.1	24.1.1.1	24.1.1.1.1	24.1.1.1.1.1
25	25	25.1	25.1.1	25.1.1.1	25.1.1.1.1	25.1.1.1.1.1
26	26	26.1	26.1.1	26.1.1.1	26.1.1.1.1	26.1.1.1.1.1
27	27	27.1	27.1.1	27.1.1.1	27.1.1.1.1	27.1.1.1.1.1
28	28	28.1	28.1.1	28.1.1.1	28.1.1.1.1	28.1.1.1.1.1
29	29	29.1	29.1.1	29.1.1.1	29.1.1.1.1	29.1.1.1.1.1
30	30	30.1	30.1.1	30.1.1.1	30.1.1.1.1	30.1.1.1.1.1
31	31	31.1	31.1.1	31.1.1.1	31.1.1.1.1	31.1.1.1.1.1
32	32	32.1	32.1.1	32.1.1.1	32.1.1.1.1	32.1.1.1.1.1
33	33	33.1	33.1.1	33.1.1.1	33.1.1.1.1	33.1.1.1.1.1
34	34	34.1	34.1.1	34.1.1.1	34.1.1.1.1	34.1.1.1.1.1
35	35	35.1	35.1.1	35.1.1.1	35.1.1.1.1	35.1.1.1.1.1
36	36	36.1	36.1.1	36.1.1.1	36.1.1.1.1	36.1.1.1.1.1
37	37	37.1	37.1.1	37.1.1.1	37.1.1.1.1	37.1.1.1.1.1
38	38	38.1	38.1.1	38.1.1.1	38.1.1.1.1	38.1.1.1.1.1
39	39	39.1	39.1.1	39.1.1.1	39.1.1.1.1	39.1.1.1.1.1
40	40	40.1	40.1.1	40.1.1.1	40.1.1.1.1	40.1.1.1.1.1
41	41	41.1	41.1.1	41.1.1.1	41.1.1.1.1	41.1.1.1.1.1
42	42	42.1	42.1.1	42.1.1.1	42.1.1.1.1	42.1.1.1.1.1
43	43	43.1	43.1.1	43.1.1.1	43.1.1.1.1	43.1.1.1.1.1
44	44	44.1	44.1.1	44.1.1.1	44.1.1.1.1	44.1.1.1.1.1
45	45	45.1	45.1.1	45.1.1.1	45.1.1.1.1	45.1.1.1.1.1
46	46	46.1	46.1.1	46.1.1.1	46.1.1.1.1	46.1.1.1.1.1
47	47	47.1	47.1.1	47.1.1.1	47.1.1.1.1	47.1.1.1.1.1
48	48	48.1	48.1.1	48.1.1.1	48.1.1.1.1	48.1.1.1.1.1
49	49	49.1	49.1.1	49.1.1.1	49.1.1.1.1	49.1.1.1.1.1
50	50	50.1	50.1.1	50.1.1.1	50.1.1.1.1	50.1.1.1.1.1
51	51	51.1	51.1.1	51.1.1.1	51.1.1.1.1	51.1.1.1.1.1
52	52	52.1	52.1.1	52.1.1.1	52.1.1.1.1	52.1.1.1.1.1
53	53	53.1	53.1.1	53.1.1.1	53.1.1.1.1	53.1.1.1.1.1
54	54	54.1	54.1.1	54.1.1.1	54.1.1.1.1	54.1.1.1.1.1
55	55	55.1	55.1.1	55.1.1.1	55.1.1.1.1	55.1.1.1.1.1
56	56	56.1	56.1.1	56.1.1.1	56.1.1.1.1	56.1.1.1.1.1
57	57	57.1	57.1.1	57.1.1.1	57.1.1.1.1	57.1.1.1.1.1
58	58	58.1	58.1.1	58.1.1.1	58.1.1.1.1	58.1.1.1.1.1
59	59	59.1	59.1.1	59.1.1.1	59.1.1.1.1	59.1.1.1.1.1
60	60	60.1	60.1.1	60.1.1.1	60.1.1.1.1	60.1.1.1.1.1
61	61	61.1	61.1.1	61.1.1.1	61.1.1.1.1	61.1.1.1.1.1
62	62	62.1	62.1.1	62.1.1.1	62.1.1.1.1	62.1.1.1.1.1
63	63	63.1	63.1.1	63.1.1.1	63.1.1.1.1	63.1.1.1.1.1
64	64	64.1	64.1.1	64.1.1.1	64.1.1.1.1	64.1.1.1.1.1
65	65	65.1	65.1.1	65.1.1.1	65.1.1.1.1	65.1.1.1.1.1
66	66	66.1	66.1.1	66.1.1.1	66.1.1.1.1	66.1.1.1.1.1
67	67	67.1	67.1.1	67.1.1.1	67.1.1.1.1	67.1.1.1.1.1
68	68	68.1	68.1.1	68.1.1.1	68.1.1.1.1	68.1.1.1.1.1
69	69	69.1	69.1.1	69.1.1.1	69.1.1.1.1	69.1.1.1.1.1
70	70	70.1	70.1.1	70.1.1.1	70.1.1.1.1	70.1.1.1.1.1
71	71	71.1	71.1.1	71.1.1.1	71.1.1.1.1	71.1.1.1.1.1
72	72	72.1	72.1.1	72.1.1.1	72.1.1.1.1	72.1.1.1.1.1
73	73	73.1	73.1.1	73.1.1.1	73.1.1.1.1	73.1.1.1.1.1
74	74	74.1	74.1.1	74.1.1.1	74.1.1.1.1	74.1.1.1.1.1
75	75	75.1	75.1.1	75.1.1.1	75.1.1.1.1	75.1.1.1.1.1
76	76	76.1	76.1.1	76.1.1.1	76.1.1.1.1	76.1.1.1.1.1
77	77	77.1	77.1.1	77.1.1.1	77.1.1.1.1	77.1.1.1.1.1
78	78	78.1	78.1.1	78.1.1.1	78.1.1.1.1	78.1.1.1.1.1
79	79	79.1	79.1.1	79.1.1.1	79.1.1.1.1	79.1.1.1.1.1
80	80	80.1	80.1.1	80.1.1.1	80.1.1.1.1	80.1.1.1.1.1
81	81	81.1	81.1.1	81.1.1.1	81.1.1.1.1	81.1.1.1.1.1
82	82	82.1	82.1.1	82.1.1.1	82.1.1.1.1	82.1.1.1.1.1
83	83	83.1	83.1.1	83.1.1.1	83.1.1.1.1	83.1.1.1.1.1
84	84	84.1	84.1.1	84.1.1.1	84.1.1.1.1	84.1.1.1.1.1
85	85	85.1	85.1.1	85.1.1.1	85.1.1.1.1	85.1.1.1.1.1
86	86	86.1	86.1.1	86.1.1.1	86.1.1.1.1	86.1.1.1.1.1
87	87	87.1	87.1.1	87.1.1.1	87.1.1.1.1	87.1.1.1.1.1
88	88	88.1	88.1.1	88.1.1.1	88.1.1.1.1	88.1.1.1.1.1
89	89	89.1	89.1.1	89.1.1.1	89.1.1.1.1	89.1.1.1.1.1
90	90	90.1	90.1.1	90.1.1.1	90.1.1.1.1	90.1.1.1.1.1
91	91	91.1	91.1.1	91.1.1.1	91.1.1.1.1	91.1.1.1.1.1
92	92	92.1	92.1.1	92.1.1.1	92.1.1.1.1	92.1.1.1.1.1
93	93	93.1	93.1.1	93.1.1.1	93.1.1.1.1	93.1.1.1.1.1
94	94	94.1	94.1.1	94.1.1.1	94.1.1.1.1	94.1.1.1.1.1
95	95	95.1	95.1.1	95.1.1.1	95.1.1.1.1	95.1.1.1.1.1
96	96	96.1	96.1.1	96.1.1.1	96.1.1.1.1	96.1.1.1.1.1
97	97	97.1	97.1.1	97.1.1.1	97.1.1.1.1	97.1.1.1.1.1
98	98	98.1	98.1.1	98.1.1.1	98.1.1.1.1	98.1.1.1.1.1
99	99	99.1	99.1.1	99.1.1.1	99.1.1.1.1	99.1.1.1.1.1
100	100	100.1	100.1.1	100.1.1.1	100.1.1.1.1	100.1.1.1.1.1

3. Lessons & Implications of Korean RIA

- Establish explicit incentive scheme of regulatory reform for officials responsible with regulation
- Conducting RIA
 - Focusing on the problems intended to eliminate with regulation
 - Provide full documentary evidence for impact analysis
 - More public consultation with key interested groups
 - More alternatives to regulation
- Time management of RIA
- RIA for decision making in regulatory review process
- Make RIA portal to facilitate analysis



Conclusion

It is important to...

- Build coalitions in favor of the reform within the society.
- Make a permanent system of reform within the government.
 - Make the reform a part of the government's administrative function: 'Bureaucrats against bureaucrats' Model
- Create an independent body under the head of government.
 - Strong political leadership and support is needed for successful reform of regulation
- Maintain consistent reform principles across the government.





Thank you
Q & A

ภาคผนวก ๘

เอกสาร Broad Stakeholder Engagement in Policymaking

Broad Stakeholder Engagement in Policymaking

Wonhyuk Lim

Korea's Leading Think Tank



Contents



- Introduction
 - Delegated vs. Participatory Model of Government: What's New?
 - Intrinsic vs. Instrumental Value of Stakeholder Engagement
 - * Representativeness and Effectiveness Legitimacy
 - * Fair Representation and Evidence-Based Policymaking: Death of Experts?
- Perspectives on Stakeholder Engagement
 - Participatory Democracy and Open Government
 - Capability and Incentive
 - Political Economy
- Typology of Stakeholder Engagement
 - Range of Participants: Narrow vs. Broad (e.g., Innovation Policy)
 - Flows of Information: Notification, Consultation ("Alibi" or "Tick-Box" Exercise?), Participation (Outsourcing of Policymaking?)
 - Stages of the Policymaking Cycle
 - * Initiation and Agenda-Setting (e.g., Swiss popular initiative and referendum, Brexit)
 - * Development and Design (e.g., US regulations for drones)
 - * Implementation and Enforcement (e.g., self-regulation?)
 - * Monitoring and Feedback (e.g., Korea's Ran-parazzi)
- Stakeholder Engagement Mechanisms in Korea
 - Private-Public Joint Group on Regulatory Improvement
 - Regulatory Reform Sinmungo (Petition Drum): Crowd Sourcing and Learning
- Conclusion

Introduction

KDI

- Delegated vs. Participatory Model of Government
 - Stakeholder engagement is usually defined as the practice of involving members of the public in the process of policymaking– in contrast to the traditional delegated model of government in which elected representatives, assisted by appointed experts, are left alone to make policy (Alemanno 2015: 118).
 - However, even in the traditional delegated model, voters influence politicians' policy agenda, and a smaller group of stakeholders, based on their interest and knowledge, affect policy development.
 - What is relatively new in the participatory model of government is broad stakeholder engagement in the problem-solving stage of policymaking.
- Intrinsic vs. Instrumental Value of Stakeholder Engagement
 - Although the desirability of broad stakeholder engagement seems impeccable based on democratic principles, questions remain as to (1) how to make it work in practice and (2) whether it adds value in cost-benefit terms.
 - There may be a tension between representativeness legitimacy and effectiveness legitimacy (or expertise legitimacy) in stakeholder engagement.
 - To achieve both "fair representation" and "evidence-based policymaking," the risk of manipulation and capture should be mitigated by requiring transparency and enforcing quality standards and due process.
 - The quality of stakeholder engagement in policymaking (e.g., crowd sourcing) is likely to improve over time with the learnings from accumulated experience.

Participatory Democracy and Open Government Perspective

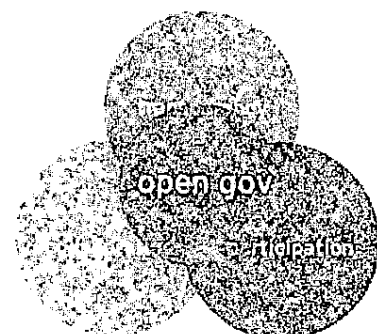
KDI

- Participatory democracy
 - Government should be of the people and by the people, not only for the people.
 - Citizens should take a more active role in government decision-making between elections.
- Open government
 - From "transparency of government actions, accessibility of government services and information and the responsiveness of government to new ideas, demand and needs"...
 - To "co-creation and co-production" (OECD 2005)

Are the individual capabilities and incentives of citizens and policymakers compatible with participatory democracy and open government?

Can open government be achieved through technocratic measures, oblivious to political economy?

How can government officials retain "embedded autonomy" and act as impartial facilitators?



Capability and Incentive Perspective



- Three questions
 - Do citizens have requisite capability and incentive to make informed decisions?
 - Do policymakers have requisite capability and incentive to facilitate stakeholder engagement?
 - What is the cost and benefit of stakeholder engagement?
- Example: Jury Trial
 - A judge facilitates the proceedings, forensic experts provide technical comments and opinions, the prosecutor and the defendant are cross-examined, and jurors reach a verdict.
 - In the United States, jury duty is mandatory. Government and quasi-government organizations give their employees a paid-leave status for the duration serving as a juror, and employers in general are not allowed to fire an employee for being called to jury duty.
- Implications
 - Ordinary citizens should be able to develop skills to make a reasonably good judgement based on comments and opinions presented by experts.
 - Policymakers should be able to develop skills to facilitate stakeholder engagement in policymaking; however, they should be held accountable for the final “co-produced” product, lest they outsource policymaking and avoid accountability.
 - If broad stakeholder engagement in the problem-solving stage of policymaking is desired as civic service consistent with the ideal of participatory democracy, facilitating institutional adjustments have to be made.
 - Even if it may be possible in principle for members of the general public to make judgements on complex matters, cost-benefit and other considerations seem to place some practical limits (e.g., interpretation of constitutional law).

Range of Participants



- Two Types of Stakeholder Engagement
 - Narrow engagement: deliberation council meetings with business representatives, scientists, engineers, and other experts, with specific knowledge and interest
 - Broad engagement: consultation meetings with consumers and workers, with general concern about their well-being (e.g., genetically modified organisms, artificial intelligence, climate change, nuclear energy)
- Tension between Representativeness and Effectiveness (Expertise)
 - Public concern about the social impact of science should be represented in policymaking, but the procurement of scientific evidence (“the science of science”) should rest on clearly defined quality standards based on the scientific method.
 - Although it has become popular to talk about “the death of experts,” there should be redoubled effort to go beyond prejudice-based policymaking, ideological or otherwise, and procure scientific evidence and communicate this evidence to the general public.
 - To achieve “fair representation” and “robust evidence-based policymaking,” the risk of manipulation and capture should be mitigated by requiring transparency on interests and affiliations and enforcing due process, including qualification standards for NGOs and advocacy groups.
 - Cross-examination and international benchmarking could be useful as well.

Direction of Information Flows



- Three Types of Information Flows
 - Notification: one-way information flows from the government to the public
 - Consultation: two-way information flows whose structure is largely determined by the government (e.g., solicitation of comments and opinions regarding a draft proposal or questions framed and posed by the government)
 - Participation: two-way exchanges of information (dialogue and deliberation) between the government and the public to identify problems and search for their solutions
- Pitfalls
 - Notification as one-way exercise: "The single biggest problem in communication is the illusion that it has taken place." (George Bernard Shaw)
 - Consultation as a tick-box exercise, designed to provide the government with an alibi for stakeholder engagement in the course of policymaking: "Still a man hears what he wants to hear and disregards the rest." (Simon & Garfunkel)
 - Participation as outsourcing of policymaking: What are policymakers being paid for, if they are just relying on the public to make policy?

Stages of the Policymaking Cycle



- Policy initiation and agenda-setting
 - Swiss popular initiative (demanded by min. 100,000 citizens, or about 2.5% of the electorate) and legislative referendum (demanded by min. 50,000)
 - Swiss referendum on EEA (1992) and subsequent bilateral deal with the EU
 - Brexit (2016): What does the "Leave" vote mean? "Take back control?" Norwegian option? No confidence in David Cameron?
 - "The people have spoken," but did they know what they were doing?
- Policy development and design
 - U.S. rulemaking committee for drones or unmanned aircraft systems (UAS), consisting of manufacturers, operators, consensus-standards organizations, researchers, and consumer groups (2016)
- Policy implementation and enforcement: Self-regulation?
 - Those who are authorized to place restrictions on individual freedom should be subject to strict qualification and accountability standards.
- Policy monitoring and feedback
 - Ran-parazzi, or paparazzi in conjunction with Korea's Improper Solicitation and Graft Act of 2016 (Kim Young-Ran Act)
 - Comments and suggestions on social service delivery

Stakeholder Engagement Mechanisms in Korea



- History
 - Korea has a strong tradition of involving business representatives in the development of trade and industrial policy (e.g., monthly export promotion meetings)
 - However, broad stakeholder engagement in policymaking has been quite rare.
 - Aside from a separate provision for a mandatory referendum on a constitutional amendment (Article 130), the Constitution contains a provision on national referendums (Article 72), but it is up to the President to submit “important policies relating to diplomacy, national defense, unification and other matters relating to national destiny.”
 - In fact, aside from referendums on constitutional amendments, the only national referendum held in Korea was called under repressive conditions in 1975 by then-President Park Chung Hee to legitimate his authoritarian Yushin Constitution of 1972.
- Current State
 - Korea's practice of direct democracy is not on a par with countries such as Switzerland, and people have been calling for more participatory democracy and open government.
 - In the policymaking sphere, there have been recent innovations to go beyond traditional private consultations.

Private-Public Joint Group on Regulatory Improvement



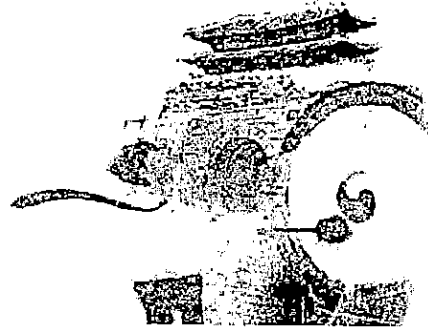
- Organization
 - The Group is led by the Korea Chamber of Commerce and the Prime Minister's Office, with representatives from business associations for SMEs, construction companies, trading companies, and others.
 - Private-Public Joint Group on Regulatory Improvement, led by the Korea Chamber of Commerce and the Prime Minister's Office, holds regular consultations with businesses by sector and region to identify regulatory problems and recommend solutions.
- Consultations by region and sector
 - Ttok Ttok Talk: Ttok Ttok is a homonym for “knock, knock” and “smart” in Korean. Before this monthly consultation meeting with businesses on regulatory matters, the Group chooses specific topics for discussion and a region to visit.
 - Majung Talk: Majung means “come to meet or welcome a visitor” in Korean. The Group holds consultation meetings on regulatory matters by sector.

Regulatory Reform Sinmungo

KDI

- Background

- Sinmungo was a petition drum set up inside a gate tower in front of the royal palace in 1401.
- It is now used as the name for online and offline petition channels.
- Regulatory reform sinmungo uses an online portal (better.go.kr), and a task force at the Prime Minister's Office handles petitions submitted by citizens.



- Three-Stage Process

- After receiving a petition, the PMO task force relays it to the relevant line ministry, which must give a reply within 14 days: accept, mid- to long-term review, or reject.
- If the PMO judges the petition to be a reasonable suggestion despite a non-acceptance reply from the relevant line ministry, it asks the ministry to explain and either accept / propose an alternative or maintain the regulation.
- If the PMO still believes that there is room for improvement despite the ministry's rationale for maintaining the regulation, it can advise the Regulatory Reform Committee to review the regulation.
- The PMO calls the petitioner at least three times (receipt, review, reply).

Regulatory Reform Sinmungo

KDI

- Cases

- Foreign patient quota at high-class general hospitals at 5% of all hospital beds (national health insurance vs. medical tourism): The number of hospital beds in single-patient rooms is no longer included in the calculation of the 5% quota.
- Zone-based regulation in industrial complexes (technological progress): Industrial and support facilities can now be established in the same zone.
- Illegally registered vehicles (legal loophole): The government now has the authority to cancel the illegal registration, prohibit the vehicle's operation, and impound the license plate on the basis of the registered owner's request.
- Long-term savings accounts for housing (tax incentive and verification cost): If the holder of a long-term savings account for purchasing a house can provide evidence for the purchase of the house, he or she can receive a tax refund.

- Improvement in crowd sourcing

- Although information collected through crowd sourcing may be idiosyncratic and uneven in quality, such a "complaint-driven" exercise can play a useful role in regulatory reform by providing information that may have been overlooked by government officials and even lead to practical solutions to problems.
- In 2016, 3,737 out of 9,492 petitions submitted through Sinmungo led to policy changes, for an acceptance rate of 39.4%. Back in 2013, the acceptance rate had been only one-fifth of this figure.

Conclusion

- Despite its intrinsic value based on democratic principles, broad stakeholder engagement in policymaking remains a challenge.
 - The government should go beyond being open to the public and promote co-creation and co-production of policy, but there are practical limits to stakeholder engagement given the public's knowledge and interest in relevant issue areas and the costs and benefits involved, as well as the political economy aspects.
- To achieve both representativeness and effectiveness legitimacy, it should be designed in such a way to account for the capabilities and incentives of participants, and require transparency on interests and affiliations while enforcing quality standards and due process.
 - Switzerland provides a useful example, with carefully defined roles for voters and their representatives and experts in its practice of participatory democracy.
 - Because structured consultations involving sector or functional champions (e.g., business associations) may create biases in information collected and raise the risk of regulatory capture, it is imperative that stakeholder engagement involve pro-competition and pro-consumer experts in vetting information, and have them work with relevant ministries to produce better regulation.
 - Also, as Korea's Regulatory Reform Sinmungo shows, crowd sourcing and open policymaking can provide useful information that may have been overlooked by government officials and even lead to practical solutions to problems.