

บทที่ 2

แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูล การสื่อสารของประชาชน

สิทธิในการติดต่อสื่อสารถึงกัน เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งประเทศภาคีสมาชิกได้รับเอาหลักการมาบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายภายในของประเทศ ดังเช่น ประเทศไทย ปัจจุบันได้บัญญัติรับรองสิทธิในการติดต่อสื่อสารของบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 36 บัญญัติว่า “การตรวจการกัก หรือการเปิดเผยข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน รวมทั้งการกระทำด้วยประการใดๆ เพื่อให้ล่วงรู้หรือได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ¹ ดังนั้น ถึงแม้การเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารของบุคคลจะนำมาซึ่งการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเพื่อปกป้องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของบ้านเมืองหรือสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมายได้ก็ตาม แต่การเข้าถึงข้อมูลซึ่งการติดต่อสื่อสารของบุคคลก็ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้หรือตามคำสั่งหรือหมายของศาล

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการบัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารของประชาชน

การศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการบัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารของประชาชนนั้น ผู้วิจัยจะทำการศึกษาความหมายของการเข้าถึง การได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสาร และการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารของประชาชน โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 36.

2.1.1 ความหมายของการเข้าถึงและการได้มาซึ่งข้อมูล

พจนานุกรมแห่งราชบัณฑิตยสถานมิได้กำหนดความหมายของคำว่า การเข้าถึง อันมีส่วนเกี่ยวข้องกับการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารเอาไว้ อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาขององอาจ เทียนหิรัญ ได้รวบรวมความหมายของคำว่า “การเข้าถึง” จากแหล่งต่างๆ และนำมาสรุปได้ดังนี้²

การเข้าถึง หมายถึง การเข้าไป การส่ง การสื่อสาร การนำข้อมูลเข้าไปเก็บไว้ การนำข้อมูลออกมา การใช้ประโยชน์ใดๆ จากข้อมูลคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ และเครือข่ายคอมพิวเตอร์

การเข้าถึง หมายถึง การเป็นเหตุให้คอมพิวเตอร์ปฏิบัติหน้าที่ใดๆ แก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือลบโปรแกรม หรือข้อมูล ทำซ้ำ หรือย้ายโปรแกรม หรือนำข้อมูลไปเก็บไว้ในที่อื่น การใช้โปรแกรมหรือข้อมูลซึ่งนำออกมาจากคอมพิวเตอร์ที่เก็บโปรแกรมหรือข้อมูลนั้นๆ

การเข้าถึง (access) จะหมายรวมถึงการเข้าถึงทั้งหมด หรือเพียงบางส่วนของระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งได้แก่ ฮาร์ดแวร์ (hardware) ส่วนประกอบต่างๆ (components) ข้อมูลต่างๆ ที่ถูกเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ แต่ไม่รวมถึงการส่งข้อความทางอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail message) หรือไฟล์ (file) ไปยังระบบคอมพิวเตอร์ การเข้าถึงรวมถึงการเข้าระบบคอมพิวเตอร์ระบบอื่นด้วยในกรณีที่ระบบคอมพิวเตอร์นั้นถูกเชื่อมต่อกับเครือข่ายการติดต่อสื่อสารสาธารณะ (public telecommunication networks) หรือระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่บนเครือข่ายเดียวกัน

สำหรับพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มิได้มีการบัญญัติความหมายของคำว่า “เข้าถึง” เอาไว้เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงไว้ในมาตรา 5 ความว่า “ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ส่วนคำว่า “การได้มาซึ่งข้อมูล” นั้น องอาจ เทียนหิรัญ อธิบายว่า คือการเข้าถึง ระบบคอมพิวเตอร์ด้วยวิธีการใดๆ แล้วนำข้อมูลจากการเข้าถึงนั้นออกมาจากอุปกรณ์ที่ใช้ในการสื่อสาร เช่น ข้อมูลเสียง ข้อมูลภาพ ข้อมูลรหัส ฯลฯ ทั้งนี้ การเข้าถึงและการได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารของบุคคลใดๆ นั้น หากวิธีการได้มาปราศจากการยินยอมของบุคคลคู่สนทนาทั้ง 2 ฝ่ายก็คือ การดักข้อมูล เช่น การดักข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ การดักฟังโทรศัพท์ เป็นต้น³

² องอาจ เทียนหิรัญ. (2546). *อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์: การกำหนดฐานความผิดทางอาญาสำหรับการกระทำต่อคอมพิวเตอร์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 31.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 31.

การดักข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีทั้งการใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ในการดักฟังการสนทนา เพื่อให้ได้มาซึ่งเสียงและเนื้อหาของการสื่อสารและการใช้คอมพิวเตอร์หรือเครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์ดักข้อมูลที่ส่งผ่านกันทางคอมพิวเตอร์หรือระบบโครงข่ายอินเทอร์เน็ต การดักข้อมูลคอมพิวเตอร์ คือ การดักข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือสิ่งต่างๆ ที่ได้มาจากการปฏิบัติงานของระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ เช่น คลื่นอิเล็กทรอนิกส์ (electromagnetic radiation) เป็นต้น การดักข้อมูลคอมพิวเตอร์อาจกระทำได้สองวิธี วิธีแรกคือการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยตรงแล้วจึงดักข้อมูลคอมพิวเตอร์ และวิธีที่สองคือ การใช้เครื่องดักข้อมูล (electronic eavesdropping devices) ซึ่งเป็นการอาศัยเทคโนโลยีสมัยใหม่ดักข้อมูลคอมพิวเตอร์ โดยที่ผู้ดักข้อมูลไม่จำเป็นต้องเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์เลย เพียงแต่วางเครื่องดักข้อมูลไว้ในระยะที่สามารถดักข้อมูลได้ก็พอแล้ว⁴

ขณะเดียวกัน การได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ คำว่า “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” หมายความว่า ข้อความที่ได้สร้าง ส่ง รับ เก็บรักษา หรือประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โทรเลข โทรพิมพ์ และโทรสาร⁵

ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์สามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเภทหลักๆ ได้ดังนี้⁶

ประเภทแรก คือ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่เพียงจัดเก็บไว้ในระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งมนุษย์เป็นผู้สร้างข้อมูลดังกล่าวขึ้น

ประเภทที่สอง คือ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สร้างขึ้นโดยระบบคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ความแตกต่างระหว่างข้อมูลทั้งสองประเภทจะขึ้นอยู่กับว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นมนุษย์หรือเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นผู้สร้างข้อความในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น

ฉะนั้น ข้อมูลที่จัดเก็บไว้ในระบบคอมพิวเตอร์ได้แก่ แฟ้มไปรษณีย์เสียง แฟ้มไปรษณีย์สำรอง แฟ้มอีเมล แฟ้มอีเมลสำรอง อีเมลที่ถูกลบทิ้ง แฟ้มข้อมูลแถบบันทึกสำรองและถาวร และสารสนเทศของเว็บไซต์ที่เก็บอยู่ในรูปแบบของข้อความ รูปภาพ หรือเสียง สำหรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สร้างขึ้นโดยระบบคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้แก่ แฟ้มโปรแกรม แฟ้มข้อมูลชั่วคราว แฟ้มประวัติระบบ แฟ้มลงบันทึกเข้าออกเว็บไซต์ แฟ้มแคช และคุกกี้ เป็นต้น

⁴ องอาจ เทียนหิรัญ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 32-33.

⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, ทวีศักดิ์ กอนันตกุล และ สุรางคณา แก้วจำนง. (2544). *คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544*. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ. หน้า 16.

⁶ องอาจ เทียนหิรัญ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 33.

ประเภทที่สาม คือ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ประกอบไปด้วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่จัดเก็บไว้ในระบบคอมพิวเตอร์และที่สร้างขึ้นโดยระบบคอมพิวเตอร์หรือ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ทั้งสองประเภท ตัวอย่างเช่น ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นแผนภูมิ (Chart) ซึ่งเป็นผลลัพธ์ที่ได้จากการทำงานของโปรแกรมตารางการทำงานหรือคำนวณ (Spreadsheet Program) เป็นต้น ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวเป็นผลที่ได้จากการที่ระบบคอมพิวเตอร์ประมวลผลข้อมูลตัวเลขต่างๆ ที่มนุษย์ใส่เข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์

สำหรับการดักฟังทางโทรศัพท์ (wiretap) หมายถึง การลอบฟังด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ประเภทหนึ่งในลักษณะเป็นการดักฟังการสื่อสารทางโทรศัพท์โดยปราศจากความยินยอมของคู่สนทนาทั้งสองฝ่าย การดักฟังทางโทรศัพท์ คือการติดตามการสนทนาทางโทรศัพท์ (Monitoring of telephone conversations) และทางอินเทอร์เน็ตโดยบุคคลที่สาม ส่วนใหญ่ดำเนินการด้วยวิธีการปกปิด เหตุที่ได้ชื่อว่า “การดักฟังทางโทรศัพท์” เป็นเพราะใช้วิธีการต่อเชื่อมอุปกรณ์ติดตามการสนทนาเข้ากับสายโทรศัพท์ของบุคคลที่จะถูกติดตามการสนทนา และถอนอุปกรณ์ออก หรือการติดอุปกรณ์รับสัญญาณไฟฟ้าขนาดเล็กเพื่อรับฟังการสนทนา⁷

การลักลอบฟังข้อมูลข่าวสารด้วยอุปกรณ์ดักฟัง (Wiretapping) หมายถึง รูปแบบของการลอบฟังทางอิเล็กทรอนิกส์โดยการดักจับข้อมูลหรือแอบฟังทางโทรคมนาคมด้วยวิธีการปกปิดการบันทึกข้อมูลหรือการใช้เครื่องดักฟังการติดต่อสื่อสารผ่านทางสาย⁸

การดักฟัง หมายถึง การลอบฟังการสนทนาด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ในลักษณะที่เป็นการดักฟังการสื่อสารทางโทรศัพท์ที่บุคคลอื่นมิถึงกัน โดยมีได้รับความยินยอมจากคู่สนทนา นั้น ซึ่งการดักฟังไม่จำเป็นจะต้องดักฟังเฉพาะโทรศัพท์เท่านั้น แต่ในความหมายที่แท้จริง การดักฟังเป็นการดำเนินการเพื่อให้ล่วงรู้ข้อมูลของบุคคล โดยใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้ได้ข้อมูลข่าวสารซึ่งส่งทางสายหรือคลื่นแม่เหล็กอื่นๆ อาจจะเป็นข้อมูลที่ส่งทางอินเทอร์เน็ต โทรสาร โทรศัพท์ หรือการลักลอบดักฟังคลื่นที่ส่งไปในอากาศเพื่อให้ได้ข้อมูลข่าวสาร และปัจจุบันเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวก็มีหลากหลายประเภท⁹

จากความหมายของถ้อยคำดังกล่าวไปข้างต้น สรุปได้ว่า ในการศึกษาครั้งนี้ การเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูล หมายถึง การกระทำใดๆของเจ้าหน้าที่รัฐโดยการใช้เครื่องมืออย่างหนึ่งอย่างใด

⁷ นิยม เดิมศรีสุข. (2549). *มาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มาตรการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร ความเป็นมา การบังคับใช้และข้อเสนอในการพัฒนากฎหมาย*. เอกสารวิชาการ กรมสอบสวนคดีพิเศษ กระทรวงยุติธรรม. หน้า. 34 – 37.

⁸ Jeffrey Lehman. (1997). *West's encyclopedia of American Law*. USA: West Pub. p. 270.

⁹ นิยม เดิมศรีสุข. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 38.

ลักลอบฟังการสนทนาหรือล่วงรู้ข้อมูลการสื่อสารของบุคคลที่รัฐสันนิษฐานว่าเป็นผู้กระทำความผิด หรืออาจเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด กับบุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์หรือทางโทรศัพท์ เพื่อให้ได้ข้อมูลในการสื่อสารนั้นมาใช้ประโยชน์ในการใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีเพื่อเอาผิดกับผู้กระทำความผิด และข้อมูลการสื่อสาร หมายถึง ถ้อยคำ หรือข้อความใดๆ ที่บุคคลซึ่งรัฐสันนิษฐานว่าเป็นผู้กระทำความผิด หรือเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด สื่อสารหรือส่ง ไปยังอีกบุคคลหนึ่ง หรือมีบุคคลอื่นซึ่งสื่อสารหรือส่งมาถึงบุคคลที่รัฐสันนิษฐานว่าเป็นผู้กระทำความผิดหรืออาจเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด

2.1.2 แนวคิดการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐในการเข้าถึงข้อมูลซึ่งการสื่อสาร

ความเป็นมาของการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐในการเข้าถึงข้อมูลซึ่งการสื่อสารของประชาชน ประเทศแรกๆ ที่มีการบัญญัติให้อำนาจดังกล่าวคือ ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยเริ่มขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ.1928 เป็นครั้งแรกที่ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 เกี่ยวกับดักฟังทางโทรศัพท์ ซึ่งเกิดขึ้นในคดี *Olmstead v. United States*⁸ คดีนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลางได้ลักลอบดักฟังการสนทนาที่มีการกล่าวโทษกัน ด้วยการติดอุปกรณ์บนสายโทรศัพท์ (tapping the telephone wires) นอกบ้านพักของจำเลย โดยปราศจากหมายค้นหรือความยินยอมของจำเลย คณะผู้พิพากษาเสียงข้างมากวินิจฉัยว่าการดักฟังทางโทรศัพท์ดังกล่าว ไม่ถือเป็นการค้นหรือการยึด ในความหมายตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 ด้วยเหตุผลที่ว่าไม่มีการค้นสถานที่เกิดขึ้นในคดีนี้ เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลางดักฟังการสนทนา โดยมีได้เข้าไปในเคหสถานหรือในสถานที่ทำงานของจำเลย ดังนั้นจึงเสมือนมิได้มีการตรวจสอบสถานที่ใดๆ ทั้งยังไม่มีการยึดสิ่งของมาจากบ้านของจำเลย อีกประการหนึ่งการดักฟังโทรศัพท์ดังกล่าวมิใช่สิ่งของที่จับต้องได้ ศาลจึงเห็นว่าจำเลยได้รับความคุ้มครองสิทธิตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแล้ว คณะผู้พิพากษาพิจารณาว่าการดักฟังทางโทรศัพท์ไม่เป็นการละเมิดข้อห้ามว่าด้วยการค้นและการจับตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 แต่ประการใด トラบเท่าที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้ล่วงล้ำในทรัพย์สินของบุคคลที่ถูกดักฟังทางโทรศัพท์¹⁰

ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้ยึดแนวคำวินิจฉัยในคดี *Olmstead* มาเป็นต้นแบบในการวินิจฉัยคดีต่อๆ มา เป็นระยะเวลากว่า 40 ปี โดยถือว่าการดักสัญญาณโทรศัพท์หรือการดักฟังการติดต่อสื่อสาร (wiretapping) ของบุคคลต้องสงสัยว่ากระทำความผิดหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด เจ้าหน้าที่รัฐสามารถกระทำได้ หากมิได้มีการล่วงล้ำในทรัพย์สินของบุคคลที่ถูก

¹⁰ สุชาติ ตระกูลเกษมสุข. (2543). *การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการดักฟังทางโทรศัพท์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 16.

ดักฟัง แต่ถ้การสืบสวนสอบสวนของเจ้าหน้าที่รัฐไปล่วงล้ำในทรัพย์สินของบุคคลที่ถูกดักฟังทางโทรศัพท์ ศาลก็จะไม่รับฟัง พยานหลักฐานที่ได้มานั้น ภายใต้ The Federal Communications Act of 1934 ซึ่งบัญญัติห้ามดักสัญญาณการสื่อสารของพลเรือน และห้ามเปิดเผยข้อมูลที่ได้จากการดักสัญญาณการสื่อสารของพลเรือน จนกระทั่งในปี ค.ศ.1967 ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้กลับแนวคำวินิจฉัยคดี Olmstead ในการพิจารณาคดี Katz v. United States ซึ่งในคดีนี้ เจ้าหน้าที่ได้ติดตั้งอุปกรณ์การฟัง (Listening Device) ไว้ด้านนอกตู้โทรศัพท์สาธารณะเพื่อบันทึกเสียงการสนทนาของจำเลย จากนั้นมีการนำข้อมูลที่ได้มาจัดทำเป็นเอกสารในการกล่าวโทษ โดยศาลตัดสินว่าการดักฟังทางโทรศัพท์โดยไม่มีหมายดังกล่าวมานั้น เป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 มุ่งคุ้มครองบุคคลมิใช่สถานที่ และขยายความคุ้มครองไปยังสถานที่ใดๆ ที่ปัจเจกบุคคลยังคงเหตุผลในการคาดหวังความเป็นส่วนตัว (reasonable expectation of privacy) โดยศาลเห็นว่า จำเลยยังคงมีเหตุผลและคาดหวังได้ในสิทธิความเป็นส่วนตัว ทั้งในการสนทนา ไม่ว่าจะอยู่ในบ้านหรืออยู่ในตู้โทรศัพท์สาธารณะที่ใช้ในการสนทนาที่ตาม คดี Katz ทำให้การที่เจ้าหน้าที่รัฐดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ต้องมีขออนุญาตเพื่อขออนุญาตให้ดำเนินการดังกล่าวก่อน ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา การที่ศาลสูงของสหรัฐอเมริกามีคำวินิจฉัยในการตัดสินคดี Katz แตกต่างไปจากคดีอื่นๆ รวมถึงคดี Olmstead ซึ่งเป็นคดีที่เป็นต้นแบบดังที่กล่าวมาข้างต้น เนื่องจากศาลมิได้คำนึงถึงเฉพาะแค่มีการล่วงล้ำในทรัพย์สินของบุคคลที่ถูกดักฟังทางโทรศัพท์หรือไม่เท่านั้น หากแต่ศาลคำนึงถึงสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลที่ถูกดักฟังทางโทรศัพท์ด้วย ด้วยเหตุผลที่ว่าบุคคลใดต่างก็ต้องการสิทธิความเป็นส่วนตัวของตน ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองสิทธิดังกล่าว หากจะมีการดักฟังทางโทรศัพท์บุคคลใดๆ ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้ต้องสงสัยเป็นผู้กระทำความผิดหรือเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดก็ตาม เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องได้รับอนุญาตหรือขออนุญาตจากศาลก่อน¹¹

ต่อมาในปี ค.ศ.1968 หลังจากศาลได้ทำการพิจารณาคดี Katz เป็นเวลา 1 ปี สภานิติบัญญัติของสหรัฐอเมริกาได้เห็นชอบกับแนวคำวินิจฉัยในคดีดังกล่าว และมีการบัญญัติกฎหมาย Omnibus Crime Control and Safe Street Act of 1968 Title III ว่าด้วยเรื่องการดักฟังการติดต่อสื่อสารโดยตรงและผ่านทางสาย (Interception of wire and oral communications) ทั้งในส่วนของภาครัฐและภาคเอกชน โดยมีหลักการคือการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ของ

¹¹ จุฬาลักษณ์ เฝ้ากันทะ. (2557). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 109.

ภาครัฐถือเป็นเครื่องมือที่ใช้การสืบสวนสอบสวนเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำ ความผิดทางอาญา แต่ในภาคเอกชนถือเป็นเครื่องมือในการได้มาซึ่งข้อมูลที่มีค่าหรือข้อมูลที่ทำให้ บุคคลหนึ่งบุคคลใดซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูลเกิดความเสียหายได้¹²

ส่วนสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีการอนุญาตให้ใช้การดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ เพื่อการสืบสวนการกระทำผิดในคดีอาชญากรรมสำคัญ ตั้งแต่ปี ค.ศ.1968 แต่จะอนุญาต เฉพาะการกระทำผิดในคดีอาชญากรรมที่สำคัญที่กำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน เช่น ความผิดฐานค้ำมนุษย์, การปลอมแปลงเงินตราหรือคัสตรากรรม, ชิงทรัพย์, ปล้นทรัพย์, จับตัว เรียกค่าไถ่, ค้าทรัพย์สินที่ถูกโจรกรรม, ความผิดฐานฟอกเงิน, กฎหมายเกี่ยวกับอาวุธปืนหรือ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ทั้งนี้ กฎหมายจะอนุญาตให้เพียงเพื่อช่วยในการสืบสวนในกรณีที่เป็นไปไม่ได้ หรือเป็นการยากที่จะค้นหาความจริงหรือหาตัวผู้ต้องสงสัยในการกระทำผิดด้วย วิธีการอื่นแล้วเท่านั้น นอกจากนี้ การดักฟังทางโทรศัพท์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสามารถ ทำได้ทั้งกับตัวผู้ต้องสงสัยเองหรือตัวของผู้กระทำการแทน ผู้นำส่งข้อมูลข่าวสาร ผู้ทำหน้าที่รับ ข้อความทางโทรศัพท์แทนผู้กระทำความผิดหรือส่งต่อข้อมูลแทนผู้กระทำความผิดทางโทรศัพท์ หรือผู้ที่ติดต่อกับผู้กระทำความผิดทางโทรศัพท์ และหากจะนำมาตรการดักฟังโทรศัพท์มาใช้ กฎหมายกำหนดให้ต้องมีคำสั่งของศาล โดยข้อมูลที่ได้มาจะถูกนำมาใช้ เพื่อวัตถุประสงค์ในการ เป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดของจำเลยในชั้นศาลเท่านั้น หลังจากนั้นต้องทำลายเมื่อไม่มีความ จำเป็นต้องใช้ข้อมูลนั้นในการดำเนินคดี

2.2 แนวคิดตามหลักการระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้หลักสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการ สอดแนมการสื่อสาร

ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกของ “กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและ สิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights หรือ ICCPR) เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2539 และมีผลบังคับใช้กับไทยเมื่อวันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2540 ข้อตกลงระหว่าง ประเทศด้านสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาตินี้คุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวที่ประเทศไทย ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีด้วย โดยข้อ 17 บัญญัติว่า “บุคคลจะถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน หรือการติดต่อสื่อสารโดยพลการหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้ บุคคลทุกคน

¹² จุฬาลักษณ์ เผ่ากันทะ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 11. หน้า 110.

มีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมิให้ถูกแทรกแซงหรือลบล้างเช่นว่านั้น”¹³ ถึงแม้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) จะมีได้กำหนดข้อยกเว้นกรณีที่คุณจะถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัวโดยรัฐเอาไว้แต่ในบางสถานการณ์ องค์การของรัฐอาจมีความจำเป็นต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมายหรือทางปกครอง อย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อประโยชน์สาธารณะ อันอาจมีผลเป็นการแทรกแซงหรือรुकล้ำสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลได้ แต่จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการอันเป็นหลักประกันสิทธิของบุคคลที่อาจได้รับผลกระทบจากการดำเนินมาตรการหรือการกระทำขององค์การของรัฐ เพื่อป้องกันมิให้การดำเนินมาตรการหรือการกระทำอย่างใดๆ ขององค์การของรัฐเป็นไปตามอำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผล ทั้งนี้ ตามแนวทางที่กำหนดไว้ในข้อ 8 วรรคสอง ของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครอง สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน กล่าวคือ¹⁴

1) การดำเนินมาตรการนั้นมีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์บัญญัติให้กระทำได้ โดยยึดหลักการเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมายหรือกฎระเบียบนั้นๆ ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง และหลักการคาดหมายล่วงหน้าได้ของบุคคลนั้นๆ เกี่ยวกับผลของการใช้บังคับกฎหมายหรือกฎระเบียบนั้นๆ ที่เกี่ยวข้องกับตน อันเป็นหลักประกันสิทธิของบุคคล

2) การดำเนินมาตรการนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์อันเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ เป็นสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อความมั่นคงแห่งรัฐ ความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัย ของประชาชน หรือการป้องกันการทำความผิดอาญา

3) การดำเนินมาตรการนั้นจะต้องเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ อันเป็นประโยชน์สาธารณะ และได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ดังกล่าว โดยยึด “หลักความได้สัดส่วน” ระหว่างการดำเนินมาตรการนั้นกับผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อการแทรกแซงหรือการรुकล้ำสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ของบุคคล ซึ่งเป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของบุคคลผู้ได้รับผลกระทบ

จากพันธกรณีตามกติการะหว่างประเทศดังกล่าว ทำให้การสอดแนมการสื่อสารบุคคลที่ เป็นผู้ต้องสงสัยของรัฐจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการบัญญัติกฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่เป็นการ

¹³ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ. (2557). *กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง*, (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_1/International_HR/2557/tran_ICCPR-2.pdf. [2561, 25 กุมภาพันธ์].

¹⁴ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน. (ม.ป.ป.). *บทสรุปผู้บริหาร รายงานการวิจัยเรื่อง ปัญหาและมาตรการทางกฎหมายในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว*, (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.nhrc.or.th/getattachment/6e70fd7-3e15-45e3-b429-284cd46cf7a2/. [2561, 2 พฤษภาคม].

เฉพาะ และรัฐควรกระทำโดยปฏิบัติตามหลักการระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้หลักสิทธิมนุษยชนกับการสอดแนมการสื่อสาร (International Principles on the Application of Human Rights to Communications Surveillance) หรือเรียกโดยย่อว่า หลัก “จำเป็นและได้สัดส่วน” โดยหลักการที่ว่านี้เป็นผลมาจากการปรึกษาหารือระดับสากลกับบรรดากลุ่มภาคประชาสังคม ภาคอุตสาหกรรม และผู้ชำนาญการระหว่างประเทศด้านกฎหมาย นโยบาย และเทคโนโลยีการสอดแนมการสื่อสาร และได้รับการสนับสนุนจากองค์กรมากกว่า 400 แห่งทั่วโลก¹⁵

ขณะเดียวกัน พิภพ อุคมอิทธิพงศ์ และอาทิตย์ สุริยะวงศ์กุล ได้เผยแพร่คำแปลหลักการระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้หลักสิทธิมนุษยชนกับการสอดแนมการสื่อสาร (International Principles on the Application of Human Rights to Communications Surveillance) กล่าวโดยสรุปได้ว่าความเป็นส่วนตัวเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานและเป็นหัวใจในการธำรงสังคมประชาธิปไตย การจำกัดสิทธิความเป็นส่วนตัวรวมทั้งการสอดแนมการสื่อสารจะกระทำได้อต่อเมื่อ มีกฎหมายรองรับไว้ ทั้งนี้เนื่องจากการสอดแนมการสื่อสารที่อาจนำไปสู่การเปิดเผยข้อมูลที่ได้รับการคุ้มครอง ซึ่งอาจทำให้บุคคลเสี่ยงที่จะถูกสอบสวน ถูกเลือกปฏิบัติ หรือถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน ทั้งยังส่งผลกระทบต่อการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ รวมทั้งสิทธิในการแสดงออกอย่างเสรี การสมาคม และการเข้าร่วมกิจกรรมทางการเมือง ทั้งนี้เพราะการเข้าถึงสิทธิต่างๆ ดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อบุคคลสามารถสื่อสารโดยปราศจากความกลัวการสอดแนมของรัฐ ด้วยเหตุนี้ การที่รัฐจะสอดแนมการสื่อสารของประชาชนได้จำเป็นต้องพิจารณาตามแนวทาง 13 ข้อดังต่อไปนี้¹⁶

1) ความชอบด้วยกฎหมาย (Legality) การจำกัดสิทธิความเป็นส่วนตัวต้องมีกฎหมายรองรับ รัฐต้องไม่รับรองหรือปฏิบัติตามมาตรการที่แทรกแซงสิทธิความเป็นส่วนตัวโดยปราศจากข้อกำหนดรองรับ โดยข้อกำหนดดังกล่าวต้องมีอยู่แล้ว ประชาชนสามารถเข้าถึงได้ และสอดคล้องกับมาตรฐานว่าด้วยความชัดเจน (Clarity) และความเที่ยงตรง (Precision) ที่เพียงพอจะประกันได้ว่าบุคคลจะได้รับแจ้งล่วงหน้าถึงการใช้อำนาจและเส็งเห็นผลที่จะเกิดขึ้นจากการใช้กฎหมาย

¹⁵มูลนิธิเพื่ออินเทอร์เน็ตและวัฒนธรรมพลเมือง. (2557). *หลักการระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้หลักสิทธิมนุษยชนกับการสอดแนมการสื่อสาร*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://thainetizen.org/docs/13-principles/>. [2561, 25 กุมภาพันธ์].

¹⁶พิภพ อุคมอิทธิพงศ์ และอาทิตย์ สุริยะวงศ์กุล. (2554). *หลักการระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้หลักสิทธิมนุษยชนกับการสอดแนมการสื่อสาร*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://thainetizen.org/wp-content/uploads/2014/01/intl-principles-human-rights-surveillance-th.pdf>. [2561, 25 กุมภาพันธ์]

2) เป้าประสงค์อันชอบธรรม (Legitimate Aim) กฎหมายควรมุ่งอนุญาตให้การสอดแนมการสื่อสารทำได้เฉพาะโดยหน่วยงานของรัฐที่ถูกระบุไว้อย่างเจาะจง เพื่อบรรลุเป้าหมายที่ชอบธรรม ซึ่งสอดคล้องกับประโยชน์ในทางกฎหมายที่สำคัญและมีความจำเป็นต่อสังคมประชาธิปไตย ไม่ควรนำมาตรการใด ๆ มาใช้ในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติบนฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นอื่น ๆ ถิ่นกำเนิดทางชนชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน การเกิด หรือสถานภาพอื่นใด

3) ความจำเป็น (Necessity) กฎหมายซึ่งอนุญาตให้รัฐสอดแนมการสื่อสารต้องจำกัดการสอดแนมไว้อย่างเข้มงวดและต้องสามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าการสอดแนมเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อบรรลุเป้าหมายที่ชอบธรรม การสอดแนมการสื่อสารจะทำได้ก็ต่อเมื่อมันเป็นหนทางเดียวที่จะบรรลุเป้าหมายที่ชอบธรรมนั้น และภาระการพิสูจน์เหตุผลเพื่อการสอดแนมดังกล่าว ทั้งในกระบวนการทางศาลและกระบวนการนิติบัญญัติเป็นของรัฐ

4) ความเพียงพอ (Adequacy) การสอดแนมการสื่อสารแต่ละครั้งที่ได้รับอนุญาตให้กระทำได้ตามกฎหมาย ต้องมีความเหมาะสมเพื่อให้บรรลุเป้าหมายที่ชอบธรรมได้ตามที่ระบุไว้อย่างเจาะจง

5) ความได้สัดส่วน (Proportionality) การสอดแนมการสื่อสารถือเป็นการกระทำที่มีความรุกล้ำแทรกแซงสิทธิความเป็นส่วนตัวและเสรีภาพในความคิดเห็นและการแสดงออก เป็นการคุกคามรากฐานของสังคมประชาธิปไตย การตัดสินใจใด ๆ เกี่ยวกับการสอดแนมการสื่อสารต้องกระทำโดยซึ่งนำหนักประโยชน์ที่เล็งเห็นว่าจะได้รับเปรียบเทียบกับโทษที่อาจเกิดจากการละเมิดสิทธิของบุคคลและผลประโยชน์อื่น ๆ นั้น และต้องคำนึงถึงความอ่อนไหวของข้อมูลและความร้ายแรงของการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัว อนึ่ง หากรัฐเข้าถึงหรือใช้ข้อมูลผ่านการสอดแนมการสื่อสารในบริบทของการสอบสวนทางอาญา รัฐจะต้องพิสูจน์ยืนยันต่อหน่วยงานตุลาการที่มีความรู้ความสามารถ เป็นอิสระ และเป็นกลางได้ว่ามีความเป็นไปได้สูงว่าอาชญากรรมร้ายแรงกำลังจะเกิดหรือได้เกิดขึ้นแล้ว พยานหลักฐานของอาชญากรรมดังกล่าวจะได้มาด้วยการเข้าถึงข้อมูลซึ่งไม่มีวิธีการสอบสวนอื่น ๆ ที่รุกล้ำความเป็นส่วนตัวน้อยกว่านี้จะสามารถทำได้แล้ว นอกจากนี้ การเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวจะต้องจำกัดเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมตามที่มีการกล่าวหาเท่านั้น ส่วนข้อมูลใดที่ไม่เกี่ยวข้อง หากรัฐได้ไปจะต้องถูกทำลายหรือถูกส่งกลับโดยทันที และหน่วยงานที่กำหนดไว้เท่านั้นจึงจะมีอำนาจในการเข้าถึงข้อมูล ซึ่งจะนำไปใช้ตามเป้าประสงค์เฉพาะตามที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น

6) หน่วยงานตุลาการที่มีความรู้ความสามารถ (Competent Judicial Authority) การตัดสินใจเกี่ยวกับการสอดแนมการสื่อสารต้องอยู่ภายใต้การวินิจฉัยของหน่วยงานตุลาการที่มี

ความรู้ความสามารถ เป็นอิสระและเป็นกลาง โดยหน่วยงานดังกล่าวจะต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับหน่วยงานที่ทำการสอดแนมการสื่อสาร มีประสบการณ์ในประเด็นที่เกี่ยวข้อง มีความรู้ความสามารถเพียงพอสำหรับการวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการสอดแนมการสื่อสาร เทคโนโลยีที่ใช้ และสิทธิมนุษยชน และมีทรัพยากรเพียงพอในการปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมาย

7) กระบวนการอันควรตามกฎหมาย (Due Process) กำหนดให้รัฐต้องเคารพและประกันสิทธิมนุษยชนของบุคคล โดยให้ความมั่นใจได้ว่า ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนอย่างถูกต้องตามกฎหมายที่ใช้ในการกำกับดูแลการแทรกแซงสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะการอนุญาตให้สอดแนมโดยหน่วยงานตุลาการที่มีรู้ความสามารถ เป็นอิสระ และเป็นกลาง เว้นแต่กรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน เมื่อมีภัยเฉพาะหน้าซึ่งจะทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิตมนุษย์ ในกรณีเช่นนั้น จำเป็นต้องมีการขออนุมัติย้อนหลังภายในระยะเวลาที่กำหนด การอ้างเพียงความเสี่ยงว่าอาจมีการหลบหนีหรือการทำลายพยานหลักฐาน ไม่อาจถือเป็นเหตุผลที่เพียงพอสำหรับการลงมือปฏิบัติก่อนแล้วขออนุมัติย้อนหลัง

8) การแจ้งให้ผู้ใช้ทราบ (User Notification) บุคคลพึงได้รับแจ้งข้อวินิจฉัยที่อนุญาตให้ทำการสอดแนมการสื่อสาร การแจ้งดังกล่าวต้องใช้เวลาและข้อมูลมากพอที่บุคคลจะสามารถอุทธรณ์คำวินิจฉัยได้ บุคคลควรสามารถเข้าถึงเอกสารหลักฐานที่ใช้เพื่อสนับสนุนการขออนุมัติดังกล่าว การชะลอการแจ้งออกไปจะกระทำได้เฉพาะในสถานการณ์ดังนี้

(1) การแจ้งให้ทราบอาจส่งผลกระทบต่อเป้าประสงค์ของการสอดแนมที่ได้รับอนุมัติ หรือมีภัยเฉพาะหน้าซึ่งจะทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิตมนุษย์หรือในขณะที่อนุมัติให้สอดแนมได้

(2) บุคคลผู้ได้รับผลกระทบได้รับแจ้งทันทีที่ภัยผ่านพ้นไปแล้ว หรือภายในระยะเวลาที่เหมาะสมที่สามารถปฏิบัติได้ แล้วแต่ว่าเวลาใดจะถึงก่อน และจะต้องมีการแจ้งโดยทันทีเมื่อการสอดแนมการสื่อสารเสร็จสมบูรณ์แล้วไม่ว่าในสภาพการณ์ใด พันธกรณีในการแจ้งให้ทราบเป็นภาระของรัฐ แต่ในกรณีที่รัฐไม่แจ้งให้ทราบ ผู้ให้บริการการสื่อสารย่อมมีอิสระที่จะแจ้งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการสอดแนมการสื่อสารดังกล่าวได้ทราบโดยสมัครใจหรือเมื่อมีการร้องขอ

9) ความโปร่งใส (Transparency) รัฐควรมีความโปร่งใสเกี่ยวกับการใช้และขอบเขตของการสอดแนมการสื่อสารทั้งในเรื่องเทคนิคและอำนาจ รัฐควรจัดหาข้อมูลให้บุคคลอย่างเพียงพอเพื่อช่วยให้เข้าใจอย่างเต็มที่ถึงขอบเขต ลักษณะ และการบังคับใช้กฎหมายที่อนุญาตให้มีการสอดแนมการสื่อสาร

10) การตรวจสอบโดยสาธารณะ (Public Oversight) รัฐควรกำหนดให้มีกลไกตรวจสอบที่เป็นอิสระเพื่อประกันความโปร่งใสและความพร้อมรับผิดของการสอดแนมการสื่อสาร ทั่วโลก

ตรวจสอบควรมีอำนาจในการประเมินว่ารัฐได้ใช้อำนาจตามกฎหมายอย่างชอบธรรมหรือไม่ รัฐได้ตีพิมพ์เผยแพร่ข้อมูลการใช้และขอบเขตของเทคนิคและอำนาจเกี่ยวกับการสอดแนมการสื่อสารอย่างโปร่งใสและอย่างแม่นยำหรือไม่ และมีอำนาจตีพิมพ์เผยแพร่รายงานตามกำหนดเวลาและข้อมูลอื่นที่เกี่ยวข้องกับการสอดแนมการสื่อสาร กลไกตรวจสอบที่เป็นอิสระนี้ควรกำหนดให้มีควบคู่ไปกับการตรวจสอบใดๆ ที่มีอยู่แล้วโดยหน่วยงานอื่นของรัฐ

11) ความคงสภาพของการสื่อสารและระบบ (Integrity of Communication and System) เพื่อเป็นการประกันความคงสภาพ ความมั่นคงปลอดภัย และความเป็นส่วนตัวของระบบการสื่อสาร และเป็นการยอมรับข้อเท็จจริงที่ว่าในแทบทุกครั้งที่มีการผ่านระดับความมั่นคงปลอดภัยลงเพื่อบรรลุเป้าประสงค์ของรัฐ รัฐไม่ควรบังคับให้ผู้ให้บริการใส่อุปกรณ์สอดแนมหรือการติดตามลงในระบบ และไม่ควรบังคับให้รวบรวมหรือรักษาข้อมูลใดๆ ที่เป็นไปเพื่อเป้าประสงค์ในการสอดแนมของรัฐเท่านั้น การรักษาหรือรวบรวมข้อมูลเอาไว้ก่อนไม่ควรถูกกำหนดเป็นหน้าที่ของผู้ให้บริการ บุคคลมีสิทธิแสดงออกถึงความคิดเห็นของพวกเขาโดยไม่ระบุชื่อ และรัฐจึงควรงดเว้นจากการบังคับให้มีการระบุตัวตนผู้ใช้ โดยห้ามกำหนดเป็นเงื่อนไขก่อนการให้บริการ

12) หลักประกันสำหรับความร่วมมือระหว่างประเทศ (Safeguards for International Cooperation) เพื่อตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลงในการไหลของข้อมูลและการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีและบริการด้านการสื่อสาร รัฐอาจต้องขอความช่วยเหลือจากผู้ให้บริการจากนอกประเทศ ดังนั้น สนธิสัญญาว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางกฎหมาย (mutual legal assistance treaties – MLATs) และความตกลงอื่นใดที่รัฐได้เข้าเป็นภาคี ควรประกันว่า ในกรณีที่กฎหมายของรัฐมากกว่าหนึ่งแห่งมีผลบังคับใช้ต่อการสอดแนมการสื่อสาร รัฐจะต้องเลือกปฏิบัติตามมาตรฐานการคุ้มครองบุคคลในระดับที่สูงกว่าเสมอ ในกรณีที่รัฐขอความช่วยเหลือเพื่อเป้าหมายในการบังคับใช้กฎหมาย ควรมีการนำหลักความผิดอาญาสองรัฐ (Dual Criminality) มาใช้ รัฐไม่อาจหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามข้อจำกัดของกฎหมายในประเทศที่ว่าด้วยการสอดแนมการสื่อสาร ด้วยใช้กระบวนการช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางกฎหมายและคำร้องขอจากต่างประเทศ เพื่อให้ได้รับข้อมูลที่ได้รับการคุ้มครอง กระบวนการช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางกฎหมายและความตกลงอื่น ๆ ควรมีการจัดทำเป็นเอกสารอย่างชัดเจน มีการเผยแพร่ต่อสาธารณะ และอยู่ภายใต้หลักประกันเพื่อความเป็นธรรมในขั้นตอนปฏิบัติ

13) หลักประกันเพื่อป้องกันการเข้าถึงโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Safeguards Against Illegitimate access and right to Effective Remedy) รัฐควรกำหนดกฎหมายเพื่อเอาผิดทางอาญากับการสอดแนมการสื่อสารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งที่กระทำโดยรัฐและเอกชน กฎหมายดังกล่าว

ควรกำหนดบทลงโทษทั้งทางแพ่งและอาญาอย่างเพียงพอ กำหนดความคุ้มครองให้กับผู้เปิดเผยความไม่ชอบมาพากล และกำหนดช่องทางเยียวยาสำหรับบุคคลผู้ได้รับผลกระทบ

กฎหมายควรระบุเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อมูลใดๆ ที่ได้มาในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับหลักการข้างต้น ย่อมไม่สามารถนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในศาลหรือกระบวนการยุติธรรมใด ๆ ได้ เช่นเดียวกับพยานหลักฐานซึ่งเป็นผลพวงมาจากข้อมูลดังกล่าว รัฐควรกำหนดกฎหมายด้วยว่า ข้อมูลใด ๆ ที่ได้มาจากการสอดแนมการสื่อสาร ภายหลังจากที่ถูกใช้ตามเป้าประสงค์ของการค้นหาข้อมูลดังกล่าวแล้ว ข้อมูลเหล่านั้นจะต้องถูกทำลายหรือถูกส่งกลับไปยังบุคคลที่เกี่ยวข้อง

อนึ่ง ในการเสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ซึ่งได้ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารของประชาชน ผู้วิจัยเห็นว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวควรคำนึงถึงหลักการระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้หลักสิทธิมนุษยชนกับการสอดแนมการสื่อสารตามหลักการที่ได้กล่าวไปแล้ว

2.2.1 หลักความเป็นส่วนตัว

ความเป็นส่วนตัวสื่อความหมายว่าเป็นสิทธิที่คิดด้วยมนุษย์มาแต่กำเนิด เป็นสิทธิหนึ่งที่บัญญัติรวมกันขึ้นเป็นสิทธิมนุษยชน สิทธินี้มีอยู่ในตัวทุกคนอันเนื่องมาจากการที่เป็นมนุษย์ ขอเพียงได้เกิดมาเป็นมนุษย์ย่อมมีสิทธิมนุษยชน มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าสิทธิมนุษยชนได้มาจากศักดิ์ศรีอันสืบสายติดตัวมาของบุคคล ดอนเนลลี ได้อธิบายถึงการ “มีสิทธิ” หมายถึง การทำให้บุคคลอยู่ในภาวะที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการละเมิดสิทธิ การกระทำต่อสิทธิที่บุคคลมีนั้นเป็นความผิดเฉพาะตัวที่สำคัญอย่างยิ่งต่อผู้ทรงสิทธิ จึงจำเป็นที่จะต้องได้รับการรับรองและคุ้มครองจากการล่วงล้ำโดยการกระทำของบุคคลอื่น อันถือเป็นการกระทำละเมิดต่อสิทธิที่บุคคลนั้นมี บุคคลจึงมีอำนาจหรือสิทธิที่จะมีความเป็นส่วนตัว ซึ่งอาจเรียกชื่ออื่นๆ ได้ เช่นสิทธิส่วนตัว สิทธิในบุคลิกภาพ สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิในชีวิตส่วนบุคคล หรือสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นต้น¹⁷

ดังนั้น สิทธิความเป็นส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคลจึงหมายถึง สิทธิที่จะอยู่โดยลำพังสันโดษปราศจากการก้าวล่วงเข้าไปรบกวน แทรกแซง ขัดจังหวะกิจกรรมต่างๆ ของตน ซึ่งจะทำได้ต้องเสียความเป็นอิสระส่วนตัวจากบุคคลภายนอกหรือสังคม ทั้งในเรื่องส่วนตัวและธุรกิจโดยมิได้รับอนุญาตหรือยินยอม (Right to be let alone) เป็นสิทธิตามธรรมชาติขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่มีอยู่

¹⁷ สุภาพงศ์ หล่อพิศิษฐ์. (2552). *มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวที่เกิดจากการใช้โทรศัพท์และโทรสารในธุรกิจขายตรง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 19.

โดยเสมอภาคกันในการเลือกวิถีทางในการดำรงชีวิต ความเป็นอยู่และการทำงาน สิทธิที่จะสนุกสนานกับชีวิตหรือการพักผ่อนหย่อนใจ สิทธิในชีวิต ร่างกาย สุขภาพอนามัย จิตใจ ชื่อเสียง เกียรติคุณ เกียรติยศ ความลับ รวมถึงผลประโยชน์ต่างๆ ของบุคคลและครอบครัว บุคคลย่อมมีเสรีภาพที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำการใดๆ โดยอิสระตามความพอใจหรือการตัดสินใจของตน (Right to Autonomy) เท่าที่ไม่ล่วงเกินสิทธิของผู้อื่น และมีสิทธิในการจำกัดการเข้าถึงของบุคคลอื่น (Right to Control Distribution) เพื่อให้สามารถดำรงชีวิตอยู่ในสังคมโดยปราศจากการสังเกตรู้เห็น การรบกวน การสืบความลับหรือการเปิดเผยข้อเท็จจริงส่วนตัวในชีวิตของเขาต่อสาธารณชน โดยมิได้รับอนุญาต ไม่ว่าข้อเท็จจริงนั้นจะทำให้เขาเสียชื่อเสียงหรือไม่ก็ตาม¹⁸ ซึ่งสิทธิดังกล่าวได้มีการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนข้อ 12 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองข้อ 17 และอนุสัญญาเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐานข้อ 8¹⁹

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลได้ยอมรับและคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว โดยมีการปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเรื่องละเมิดในมาตรา 823 แต่ระบุว่าต้องเป็นความเสียหายในสิทธิเด็ดขาดไม่ใช่สิทธิสัมผัส หรือการใช้มาตรา 826 ซึ่งเป็นการกระทำความผิดโดยฝ่าฝืนศีลธรรมอย่างจงใจและใช้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 รับรองสิทธิในบุคลิกภาพได้บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีของบุคคลไม่อาจถูกทำลายได้ รัฐมีหน้าที่ให้ความเคารพและคุ้มครอง ทุกคนมีเสรีภาพที่จะพัฒนาบุคลิกภาพอย่างอิสระเท่าที่ไม่เป็นการละเมิดสิทธิต่อของผู้อื่น หรือขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายที่เกี่ยวกับศีลธรรมอันดี” ซึ่งมีแนวคำพิพากษาของศาลให้ความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว ดังนี้

1. การล่วงเกินขอบเขตส่วนตัวของบุคคล ได้แก่ การลอบถ่ายภาพบุคคลในที่รโหฐาน หรือสถานที่ส่วนตัว การลอบอัดเสียง การแอบฟังการสนทนา การดักฟังทางโทรศัพท์ การผ่าตัดชิ้นส่วนของร่างกายผู้ตายออกมา โดยมิได้รับความยินยอมจากญาติของผู้ตาย

2. การเปิดเผยเรื่องราวส่วนตัว ได้แก่ การเปิดเผยจดหมายหรือเอกสารโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้วิจัยก่อน หรือทำให้ผิดไปจากลักษณะที่ผู้วิจัยได้ให้ความยินยอมไว้ การนำเอาเรื่องชีวิตของบุคคลอื่นมาสร้างภาพยนตร์หรือบรรยายโดยผู้ไม่มีได้ยินยอม การเปิดเผยความลับของผู้อื่น

¹⁸ ปริญญา โรหิตาคณี. (2550). *ปัญหาการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 24.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.

3. การนำรูปภาพ รูปถ่าย ชื่อ เครื่องหมาย หรือสิ่งอื่นในทำนองเดียวกันมาใช้ในการโฆษณาโดยมิได้รับความยินยอมจากเจ้าของ

4. การล่วงเกินเกียรติยศของบุคคล

ประเทศญี่ปุ่น มีการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวตามประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 709 ซึ่งบัญญัติให้การละเมิดสิทธิของผู้อื่นนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นสิทธิในทรัพย์สิน อาจเป็นสิทธิชนิดใดก็ได้ เช่น สิทธิในฐานะของบุคคล หรือสิทธิความเป็นส่วนตัว ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิต่อบุคคลนั้นแล้ว ผู้กระทำการละเมิดต้องชดใช้ค่าเสียหาย แม้จะเป็นความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ เช่น ความรำคาญใจก็สามารถฟ้องร้องและเรียกค่าเสียหายได้²⁰

สรุปแนวทางการให้ความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว จากการล่วงละเมิดที่ประเทศต่างๆ ได้รับรองคุ้มครองมี 4 แนวทางใหญ่ๆ คือ

1. สิทธิความเป็นส่วนตัวที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน ได้แก่ ชื่อ เครื่องหมาย เครื่องหมายประจำตระกูล เครื่องหมายประจำสมาคม เครื่องแบบหรือสัญลักษณ์ เครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า ราชของบริษัทและหีบห่อสินค้า เป็นต้น

2. สิทธิความเป็นส่วนตัวที่เป็นการรบกวนทางกาย คือ สิทธิในชีวิต ร่างกาย สุขภาพอนามัย และสิทธิความเป็นส่วนตัวที่เป็นการรบกวนทางจิตใจ คือ การรบกวนความสันโดษ โดย การอยู่โดยลำพัง การมีเสรีภาพในการกระทำการงานตามใจสมัคร รวมถึงผลประโยชน์ต่างๆ ด้วย

3. สิทธิความเป็นส่วนตัวที่เกี่ยวกับความลับ เช่น ความลับในสุขภาพกาย สุขภาพใจ ชีวิตส่วนตัว ครอบครัว ความลับทางการค้าหรือวิชาชีพ ความเป็นอิสระในการดำรงชีวิต ภาพถ่าย สิทธิที่จะไม่เปิดเผยต่อสาธารณะในคำพูดสนทนาและเอกสาร เช่น สมุดบันทึกและจดหมาย เป็นต้น

4. สิทธิความเป็นส่วนตัวที่เกี่ยวกับเกียรติยศ ชื่อเสียง ศักดิ์ศรีของบุคคล หรือชื่อเสียงทางวิชาชีพและทางการค้า

วัตถุประสงค์ของการมีกฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เพื่อให้เกิดแนวทางในการให้ความคุ้มครองแต่ละบุคคล คุ้มครองสังคมและบุคคลอื่นๆ ที่อยู่ร่วมกันในสังคมให้มีความเคารพในสิทธิเสรีภาพความเป็นส่วนตัวของกันและกัน สามารถเลือกวิถีทางการดำรงชีวิตของตนได้อย่างอิสระ โดยไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพื่อให้เกิดความสงบสุขในการอยู่ร่วมกันในสังคม ทั้งนี้ มีข้อยกเว้นกรณีที่ผลประโยชน์ของสาธารณะมีมากกว่าผลประโยชน์ของปัจเจกชน หรือกรณีที่เป็นบุคคลสาธารณะ ซึ่งกฎหมายในแต่ละประเทศ

²⁰ ปริญญา โรหิตาคณี. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 51-52.

จะให้ความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวต่างกันไป การละเมิดสิทธิส่วนบุคคลมีบทบัญญัติให้ถือเป็นความผิดและต้องรับโทษฐานละเมิด

รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 ของประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติยอมรับความเสมอภาค การมีสิทธิเท่าเทียมกันของมนุษย์ สิทธิความเป็นส่วนตัวที่บุคคลใดจะละเมิดหรือลบล้างมิได้ ความปลอดภัยในร่างกาย เคหสถาน เอกสารและทรัพย์สิน สิ่งของจากการตรวจค้น ยึดโดยมิชอบด้วยกฎหมายจะกระทำมิได้ ซึ่งในทางกฎหมาย The Restatement of Torts มาตรา 867 บัญญัติคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวโดยสรุปว่า “ผู้ใดสอดแทรกผลประโยชน์ของผู้อื่นในกิจการที่เขาไม่ต้องการให้ผู้อื่นรับรู้ หรือการแสดงภาพของเขาต่อสาธารณชนโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เป็นการละเมิดที่ร้ายแรง ผู้นั้นต้องรับผิดชอบ” และแนวคิดของนักกฎหมาย Prosser ได้แยกการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวไว้ 4 แบบ เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขกฎหมาย The restatement (second) of Torts, Division 6A Privacy Chapter 28A Invasion of Privacy ใน ค.ศ. 1977 ซึ่งในมาตรา 652 บัญญัติถึงลักษณะการกระทำที่เป็นความผิดดังนี้²¹

1. การรบกวนแทรกแซงความสันโดษ (Intrusion Upon Seclusion) ตามมาตรา 652 B ได้แก่ การล่วงเกินขอบเขตส่วนตัวของผู้อื่นที่ไม่ได้รับอนุญาต เช่น การดักฟังการสนทนาส่วนตัว การดักฟังข้อความทางโทรศัพท์ การดึงข้อมูลจากคอมพิวเตอร์ เป็นต้น

2. การใช้ชื่อหรือภาพของบุคคลเพื่อหาผลประโยชน์ โดยที่ไม่ได้รับความยินยอมก่อน (Appropriation of name or likeness) ตามมาตรา 652C ได้แก่ การใช้ชื่อหรือภาพของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมแล้วนำไปเขียนเรื่องหรือภาพยนตร์ หรือไปใช้เป็นที่บริษัทหรือสินค้าเพื่อผลประโยชน์ของตน

3. การเปิดเผยเรื่องราวส่วนตัว (Public disclosure of private facts) ตามมาตรา 652D การเปิดเผยเรื่องราวส่วนตัวต่อสาธารณะโดยไม่ได้รับความยินยอม แม้เป็นความจริงแต่ทำให้ผู้อื่นต้องได้รับความอับอายขายหน้าเมื่อเรื่องถูกเปิดเผย

4. การไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนความจริง (False light in the public eye) ตามมาตรา 652E เป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณะในความเท็จที่ทำให้ผู้อื่นเป็นผู้เสื่อมเสียในสายตาของประชาชน เช่น การใช้ชื่อ ภาพ หรือลายพิมพ์นิ้วมือ ใ้รวมในทะเบียนประวัติอาชญากรโดยผู้นั้นไม่เคยได้รับโทษทางอาญามาก่อนเลย ย่อมทำให้เกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียง

การพิจารณาการละเมิดต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลในประเทศสหรัฐอเมริกาคะพิจารณาจากผลของการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายเป็นหลัก

²¹ สุภาพงศ์ หล่อพิศิษฐ์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 17. หน้า 20.

2.2.2 หลักสิทธิมนุษยชน

คำว่า “สิทธิมนุษยชน” (Human Rights) ไม่มีการกำหนดความหมายไว้ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 มีเพียงคำว่า “สิทธิ” หมายความว่า อำนาจอันชอบธรรม อำนาจที่จะกระทำการใด ๆ ได้อย่างอิสระ โดยได้รับการรับรองจากกฎหมาย หากแปลความตามตัวอักษร “สิทธิมนุษยชน” ย่อมหมายถึงสิทธิของมนุษย์ หรืออำนาจอันชอบธรรมที่สืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์ ในอันที่จะกระทำการใด ๆ ได้อย่างอิสระ โดยได้รับการรับรองจากกฎหมาย

ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ไม่มีนิยามคำว่า “สิทธิมนุษยชน” ไว้โดยเฉพาะเจาะจง แต่เมื่อพิจารณาเนื้อหาของปฏิญญา²² ทำให้เห็นถึงแนวความคิดพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน ได้แก่

- (1) ความอิสระเสรี และมีศักดิ์ศรีและสิทธิเท่าเทียมกัน
- (2) การปฏิบัติต่อกันอย่างฉันพี่น้อง
- (3) การมีสิทธิและเสรีภาพตามที่ระบุไว้ในปฏิญญาฯ โดยไม่มีการจำแนกความแตกต่างในเรื่องใด ๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือทางอื่นใด ชาติหรือสังคมอันเป็นที่มาเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด

(4) การจำแนกข้อแตกต่างของแต่ละบุคคลโดยอาศัยมูลฐานแห่งสถานะทางการเมือง การศาล หรือทางการระหว่างประเทศของประเทศหรือดินแดนซึ่งบุคคลสังกัดจะกระทำมิได้ จากแนวความคิดพื้นฐานดังกล่าวอาจจำแนกสิทธิมนุษยชนออกเป็นประเภทต่าง ๆ โดย แบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่

- (1) สิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and Political Rights) ได้แก่ สิทธิตามธรรมชาติที่มีมาแต่ดั้งเดิม คือ สิทธิในการดำรงชีวิต เสรีภาพ ทรัพย์สิน ความเสมอภาค ความยุติธรรม การแสวงหาความสุข

²² ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 1 กำหนดว่า “มนุษย์ทั้งหลายเกิดมาอิสระเสรี และเท่าเทียมกัน ทั้งศักดิ์ศรีและสิทธิ ทุกคนได้รับการประสิทธิประสาทเหตุผลและมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันอย่างฉันพี่น้อง”

ข้อ 2 กำหนดว่า “(1) ทุกคนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพบรรดาที่กำหนดไว้ในปฏิญญาฯ นี้ โดยไม่มีการจำแนกความแตกต่างในเรื่องใด ๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือทางอื่นใด ชาติหรือสังคมอันเป็นที่มาเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด (2) นอกจากนี้การจำแนกความแตกต่างโดยอาศัยมูลฐานแห่งสถานะทางการเมือง การศาลหรือทางการระหว่างประเทศของประเทศหรือดินแดนซึ่งบุคคลสังกัดจะกระทำมิได้ ทั้งนี้ ไม่ว่าดินแดนดังกล่าวจะเป็นเอกราช อยู่ในความพิทักษ์ มิได้ปกครองตนเอง หรืออยู่ภายใต้การจำกัดแห่งอธิปไตยอื่นใด”

(2) สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (Economic Social and Cultural Rights) เช่น สิทธิในการศึกษา สิทธิที่จะจัดตั้งสหพันธกรรมกร สิทธิในมาตรฐานการครองชีพอันเพียงพอ สำหรับสุขภาพ และความเป็นอยู่ที่ดีของตนและครอบครัว สิทธิในการพักผ่อนและเวลาว่าง รวมทั้ง การจำกัดเวลาทำงานตามสมควร เป็นต้น

หากพิจารณาถึงลักษณะเฉพาะของสิทธิต่าง ๆ ที่รัฐจะต้องเคารพและให้การคุ้มครอง อาจแบ่งสิทธิตามปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนออกเป็น 6 กลุ่ม คือ²³

(1) สิทธิในความปลอดภัย (Security Rights) ซึ่งคุ้มครองประชาชนจากอาชญากรรม เช่น การฆาตกรรม การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การทรมาน การข่มขืน เป็นต้น

(2) สิทธิในกระบวนการยุติธรรม (Due Process Rights) คุ้มครองประชาชนจากการ บิดเบือนระบบกฎหมาย เช่น การจำคุกโดยไม่มีการดำเนินคดี การดำเนินคดีโดยลับ การลงโทษเกิน ความจำเป็น เป็นต้น

(3) สิทธิในเสรีภาพ (Liberty Rights) คุ้มครองเสรีภาพของประชาชนในเรื่องความ เชื้อ การแสดงความคิดเห็น การสมาคม การชุมนุม และการเคลื่อนไหวต่างๆ

(4) สิทธิทางการเมือง (Political Rights) คุ้มครองเสรีภาพในการมีส่วนร่วมทางการเมือง โดยการกระทำต่าง ๆ เช่น การติดต่อสื่อสาร การรวมกลุ่ม การประท้วง การเลือกตั้งและการ เข้าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นต้น

(5) สิทธิในความเสมอภาค (Equality Rights) ซึ่งเป็นหลักประกันความเสมอภาคใน ความเป็นพลเมืองดี ความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย และการไม่เลือกปฏิบัติ

(6) สิทธิในสวัสดิการสังคม (Social or Welfare Rights) ซึ่งเรียกร้องให้มีการจัด การศึกษาสำหรับเด็ก และคุ้มครองป้องกันความยากจนและความอดอยาก

สำหรับสิทธิของกลุ่ม (Group Rights) นั้น มิได้มีการรับรองในปฏิญญาฯ แต่มีการ รับรองไว้ในสนธิสัญญาต่างๆ เช่น การคุ้มครองชนกลุ่มน้อยจากการถูกฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และความ เป็นเจ้าของเขตแดนและทรัพยากรของรัฐ นอกจากนี้แล้ว ตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศของ สหประชาชาติก็มิได้ให้คำจำกัดความของคำว่า สิทธิมนุษยชนไว้โดยตรง แต่ใช้วิธีระบุลักษณะของ สิทธิที่จะให้การรับรองและคุ้มครองดังที่นักวิชาการหลายท่านมีความเห็นว่า ความหมายที่แท้จริง และขอบเขตของสิทธิมนุษยชนยังมีข้อโต้แย้ง ไม่มีข้อยุติที่ชัดเจน มีผลทำให้มีการตีความออกเป็น

²³ นักรไชย จันทรพรายศรี. (2559). *หลักสิทธิมนุษยชน, รายงานการอบรมหลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อ ประชาธิปไตย*. วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 7.

หลายทางขึ้นอยู่กับบริบทของการกล่าวอ้าง และวิถีคิดของผู้ตีความว่าเป็นนักปรัชญา นักกฎหมาย นักสังคมวิทยา ฯลฯ²⁴

ปัญหาว่าสิทธิมนุษยชนคืออะไร จึงยังคงมีความเห็นที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ เนื่องจากสิทธิมนุษยชนเป็นผลจากกระบวนการเรียกร้องของกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่อ้างความชอบธรรมของประโยชน์นั้น ๆ ว่าเป็นสิ่งจำเป็นต่อความเป็นมนุษย์โดยมีฐานทางกฎหมายในการเรียกร้อง คำว่าสิทธิมนุษยชนในยุคปัจจุบันจึงมีความหมายที่ขยายขอบเขตกว้างออกไปถึงสิทธิอันจำเป็นที่มนุษย์พึงมีเพื่อให้มนุษย์ได้มีชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรี ทำให้เกิดการเรียกร้องสิทธิใหม่ ๆ โดยกล่าวอ้างว่าสิทธินั้นอยู่ในลำดับของสิทธิมนุษยชน²⁵ ดังนั้น การทำความเข้าใจความหมายของคำว่า “สิทธิมนุษยชน” (Human Rights) จึงอาจศึกษาได้จากคำอธิบายของนักวิชาการ ซึ่งสรุปได้ดังนี้

(1) สิทธิมนุษยชน คือ บรรดาสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่ติดตามตัวมนุษย์ทุกคนมาแต่กำเนิดโดยไม่อาจถูกตัดรอนหรือพรากไปได้

(2) สิทธิมนุษยชน เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่จำเป็น หรือมาตรฐานขั้นต่ำที่มนุษย์พึงมีโดยเสมอภาคกัน เพื่อการดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีและมีคุณค่า

(3) สิทธิมนุษยชนย่อมไม่ถูกแบ่งแยกและไม่คำนึงถึงความแตกต่างในเรื่องชาติ เชื้อชาติ สีผิว เพศ วัย ภาษา ศาสนา ความเชื่อทางการเมือง หรือความเชื่อในทางอื่นใด พื้นที่ทางสังคม สุขภาพทางร่างกาย ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะ รวมทั้งไม่ถูกจำกัดด้วยกาลเวลาและสถานที่

(4) สิทธิมนุษยชนย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย Burn Weston ได้สรุปลักษณะของสิทธิมนุษยชนไว้ดังนี้²⁶

(1) เป็นข้อเรียกร้องที่อาจเป็นของปัจเจกชน หรือเป็นของกลุ่มที่จะกำหนดรูปแบบและการแบ่งปันอำนาจ ความมั่งคั่ง ความเป็นเจ้าของหรือเพื่อครอบครองสิ่งใด หรือเพื่อได้มาซึ่งค่านิยมในสังคม โดยเฉพาะค่านิยมที่เป็นพื้นฐานที่สุดในสังคมคือค่านิยมที่จะได้รับการเคารพหรือยอมรับ ซึ่งเป็นการกล่าวอ้างของบุคคลต่อรัฐ เพื่อให้รัฐได้รับรองหรือให้มีมาตรการที่จะประกันสิทธินั้นโดยทางกฎหมายหรือธรรมเนียมปฏิบัติ

(2) ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิในสิ่งที่เป็ “พื้นฐานที่สุดของมนุษย์” จึงถูกแยกออกจากสิทธิในสิ่งที่ไม่จำเป็นอื่น (Unessential Rights) เช่น สิทธิตามสัญญา หรือความดีงาม

²⁴ นพนิธิ สุริยะ. (ม.ป.ป.).คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. *วารสารนิติศาสตร์*, 4(29). หน้า 542-543.

²⁵ ชัย ศรีรัตน์. (2548). แนวคิดและพัฒนาการของกฎหมายสิทธิมนุษยชน. *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายสิทธิมนุษยชน*, หน่วยที่ 1-4 สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 19.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 17.

(3) เป็นค่านิยมที่ได้รับการรับรองอย่างกว้างขวางเพื่อใช้เป็นฐานในการกล่าวอ้างหรือเรียกร้องในระดับที่แตกต่างกัน ทั้งในความชอบธรรมที่คุ้มครองโดยกฎหมายได้ จนถึงสิ่งที่เป็นความปรารถนา ดังนั้น สิทธิมนุษยชนจึงมีทั้งลักษณะของระเบียบทางกฎหมาย (Legal Order) และระเบียบทางศีลธรรม (Moral Order) ซึ่งบางครั้งไม่อาจแยกออกจากกันได้ระหว่างระเบียบกฎหมาย (หรือสิ่งที่ เป็น “is”) กับระเบียบทางศีลธรรมที่เป็นความปรารถนา (หรือสิ่งที่ควรเป็น “ought”)

(4) เป็นสิทธิที่มีเงื่อนไข ในการที่จะประกันสิทธิมนุษยชนให้เกิดขึ้นจำเป็นต้องคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่น หรือผลประโยชน์ของสังคมไปพร้อมกันด้วย สิทธิมนุษยชนจึงอาจถูกจำกัดได้ การกล่าวอ้างสิทธิมนุษยชนในทุกสถานการณ์อย่างไม่มีขอบเขตจึงเป็นไปได้

จากความหมายและลักษณะของสิทธิมนุษยชนดังกล่าว ทำให้เห็นว่า ในการอธิบายว่า สิทธิมนุษยชนคืออะไร อาจมีความเห็นที่แตกต่างกันได้เป็น 2 แนวทาง คือ แนวทางแรกเห็นว่า สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายเท่านั้น อีกแนวทางหนึ่งเห็นว่า สิทธิมนุษยชน หมายถึงสิทธิตามกฎหมาย และสิทธิที่มีใช้ตามกฎหมาย

แนวคิดเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีที่มาจากรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 1 (1) ที่ได้บัญญัติรับรองว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่อาจถูกล่วงละเมิดได้ อำนาจอรัฐทั้งหลายผูกพันที่จะให้ความเคารพและให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้ยอมรับว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทหนึ่งซึ่งอำนาจอรัฐทั้งหลายต้องผูกพันในฐานะที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนูญ²⁷

นอกจากนี้ คลาวส์ สเทิร์น (Klaus Stern) นักกฎหมายเยอรมัน ได้อธิบายความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ว่า หมายถึง คุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะและเป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเพศเชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือคุณสมบัติของบุคคลนั้น ในความหมายนี้ “ศักดิ์ศรี” จึงหมายถึงลักษณะบางประการที่เป็นคุณค่าเฉพาะตัวของมนุษย์ อันเป็นสาระัตถะในการกำหนดความรับผิดชอบของตนเอง และเป็นสาระัตถะที่มนุษย์แต่ละคนได้รับเพื่อแสดงความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น²⁸ ในประเทศที่ใช้ระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และ

²⁷ อุคม รัฐอมฤต และคณะ. (2544). *การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคล ตาม มาตรา 28*. กรุงเทพฯ: นานาสีพิมพ์. หน้า 61.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 179 - 180.

สาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นที่มาของสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวง เป็นแดนแห่งสิทธิที่รัฐไม่อาจใช้อำนาจล่วงละเมิดเข้าไปในขอบเขตดังกล่าวได้

แม้คำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” จะไม่มีคำนิยามตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน แต่ได้มีนักนิติศาสตร์หลายท่าน พยายามศึกษา วิจัยเพื่ออธิบายความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ให้ชัดเจนเป็นที่เข้าใจตรงกันมากขึ้น สรุปได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หมายถึง คุณค่าหรือมาตรฐานที่สืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์ อันมิอาจล่วงละเมิดได้ และผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขใด ๆ ทั้งสิ้น เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพื่อให้มนุษย์มีอิสระในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพส่วนตัวของบุคคลนั้นๆ ภายใต้ความรับผิดชอบของตนเอง รวมทั้งผูกพันอำนาจรัฐในอันที่จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครอง และผูกพันต่อมนุษย์ทุกคน ในอันที่จะต้องเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลอื่นๆ²⁹

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ

หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนพบว่าการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายตั้งแต่ในสมัยกฎหมายโรมัน ต่อมาพบว่าการบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในกฎหมายอาญา แต่การยอมรับหลักการนี้ เกิดขึ้นเมื่อมีการนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายทั่วไปของแผ่นดิน โดยซี จี สวาร์เรส (C.G.Svarex) เห็นว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนเป็นรากฐานของกฎหมายมหาชน โดยมีสาระสำคัญว่า รัฐนั้นมีสิทธิที่จะจำกัดเสรีภาพของปัจเจกบุคคลได้เท่าที่เป็นความจำเป็นเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อให้เสรีภาพและความมั่นคงของทุกคนสามารถที่จะดำรงอยู่ได้ สวาร์เรส (Svarex) เห็นว่า หลักการดังกล่าวเป็นการแสดงออกถึงความมีเหตุผลและเป็นส่วนหนึ่งของปรัชญาในยุคพุทธปัญญา (*Philosophie der Aufklaerung*) การที่หลักการดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายตำรวจของรัฐปรัสเซียนั้นถือว่าเป็นเงื่อนไขทั่วไปของการจำกัดอำนาจของตำรวจในการแทรกแซงซึ่งปรากฏในทางตำราและในคำพิพากษาของศาลในเวลาต่อมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลปกครอง ปรัสเซียและของซัคเซิน³⁰

หลังสงครามโลกครั้งที่สอง แนวคิดเกี่ยวกับการปกครองระบอบประชาธิปไตยในยุโรป มีการเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ แต่เดิมการปกครองระบอบประชาธิปไตยจะให้ความสำคัญกับหลัก

²⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 107.

³⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธ์. (2542). หลักความได้สัดส่วนตามกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศส. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 1(2) (พฤษภาคม – สิงหาคม). หน้า 43-44.

ความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา แต่หลังสงครามโลกครั้งที่สอง ได้มีหลักการอื่นที่สำคัญเพิ่มขึ้นคือ หลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ โดยในระยะแรกหลักการที่นำมาจำกัดอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติได้แก่หลักการได้รับความคุ้มครองอย่างเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (constitutional principle of equal protection before the law) ต่อมามีการนำหลักการอื่น ๆ มาใช้ร่วมในการพิจารณาวินิจฉัยคดีด้วย ได้แก่ หลักความเสมอภาค สิทธิขั้นพื้นฐาน หลักนิติรัฐ และมีการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้วินิจฉัยคดีในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ ประเทศตะวันตกที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตย องค์กรของรัฐซึ่งใช้อำนาจในการออกกฎหมายเพื่อแทรกแซงสิทธิของประชาชนจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักประกันสิทธิและเสรีภาพ และหลักการแบ่งอำนาจที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นเครื่องมือที่มีความเหมาะสมในการนำมาใช้ควบคุมกิจกรรมของรัฐที่กระทำการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และรัฐที่ปกครองโดยระบอบเสรีประชาธิปไตย การที่รัฐหรือองค์กรของรัฐจะใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในเรื่องใดก็ตาม รัฐจะต้องไม่ใช้อำนาจนั้นเกินกว่าความจำเป็น³¹

2.3.1 ความหมายและลักษณะสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุ

ก่อนที่จะมีการศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน โดยละเอียดต่อไป ในบทนี้ผู้วิจัยจะทำการรวบรวมความหมายของหลักความพอสมควรแก่เหตุ เพื่อนำไปสู่การนำหลักการดังกล่าวมาวิเคราะห์เกี่ยวกับการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารของประชาชน รวมถึงจะทำการศึกษาถึงลักษณะสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

2.3.1.1 ความหมายของหลักความพอสมควรแก่เหตุ

ในประเทศไทยไม่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่ามีการนำเอาแนวคิดเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุมาบัญญัติไว้ในกฎหมายตั้งแต่เมื่อใด หรือมีรากฐานมาจากที่ใด มีเพียงความเห็นของนักวิชาการและรายงานการวิจัยบางฉบับที่มีการกล่าวถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุว่ามาจากหลักความยุติธรรมโดยศาลยุติธรรมได้นำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีตั้งแต่ก่อนที่จะมีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง แต่แนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมที่เคยมีมาก็ไม่เคยอธิบายหลักความพอสมควรแก่เหตุเอาไว้ชัดเจน ซึ่งแตกต่างจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คงมีแต่ความเห็นของนักวิชาการที่ให้ความเห็นและได้แบ่งแยกหลักการเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้ ซึ่งผู้วิจัยจะได้กล่าวดังต่อไปนี้

³¹ ศรีรัตน์ งามนิสัย. (2550). *หลักความพอสมควรแก่เหตุ: พัฒนาและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 8 – 9.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายมหาชนได้อธิบายถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้สรุปได้ว่า มาตรการของรัฐที่กระทบกระเทือนถึงขอบเขตที่ได้รับความคุ้มครองตามสิทธิขั้นพื้นฐาน ในแง่หนึ่งถือว่าการจำกัดสิทธิโดยชอบตามรัฐธรรมนูญ แต่อีกแง่หนึ่งอาจเป็นการละเมิดสิทธิโดยมิชอบก็ได้ เป็นเรื่องความขัดแย้งระหว่าง สิทธิขั้นพื้นฐานกับ มาตรการของรัฐเพื่อความผาสุกของส่วนรวม ซึ่งฝ่ายใดควรจะมีน้ำหนักมากกว่ากัน และการชั่งน้ำหนักดังกล่าวนี้ต้องยึดหลักว่า “จะต้องไม่เกินกว่าเหตุ” หลักการนี้แยกพิจารณาได้เป็น 3 หลักการย่อยตามแนวของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้แก่ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบ³²

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ อธิบายหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนว่าเป็นหลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ที่ถูกอยู่ภายใต้อำนาจ บังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ถูกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอประมาณ โดยได้แบ่งแยกหลักความได้สัดส่วน เป็น 3 หลักการย่อย คือ หลักความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality strict sensu)³³

ขณะที่ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้อธิบายถึงหลักความพอสมควรสรุปได้ว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการที่มีขึ้นเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐไม่ให้เกินไปโดยอำเภอใจ ถือเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีค่าบังคับเท่ากันกับบทบัญญัติอื่นในรัฐธรรมนูญ โดยแบ่งหลักความพอสมควรแก่เหตุ ออกได้เป็น 3 ส่วน คือ มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายจะต้อง “เหมาะสม” ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการสำเร็จลงได้ และมาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นต้องเป็นมาตรการที่พอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบด้วย³⁴

ส่วน บรรเจิด สิงคะเนติ ได้อธิบายหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน โดยนำหลักการดังกล่าวจากกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาอธิบายสรุปได้ว่า หลักความได้สัดส่วน เป็นหลักการที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลาย อันมีผล

³² บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2535). *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 165 – 167.

³³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 85 - 91.

³⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2543). เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน “มาตรการในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย”. *วารสารนิติศาสตร์*, 30(2). หน้า 187 – 189.

สำคัญต่อความสมบูรณ์ หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐนั้นๆ โดยมีสาระสำคัญ 3 ประการ ได้แก่ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ³⁵

จากความเห็นของนักวิชาการดังที่กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยขอสรุป การนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารของประชาชนในการศึกษาครั้งนี้ ต้องมีการพิจารณาว่า กฎหมายที่รัฐได้ตราขึ้นนั้น เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ โดยแยกการพิจารณาออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ หลักความสัมฤทธิ์ผล หมายถึง เมื่อมีการตรากฎหมายแล้วจะทำให้เจตนารมณ์ในการตรากฎหมายนั้นบรรลุวัตถุประสงค์หรือไม่ หลักความจำเป็น กฎหมายหรือมาตรการที่รัฐเลือกมาใช้ขึ้นได้ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดแล้วหรือไม่ และตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ มาตรการที่นำมาใช้บังคับอันส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นต้องได้ประโยชน์มากกว่าโทษ

2.3.1.2 ลักษณะสำคัญของหลักพอสมควรแก่เหตุ

สำหรับลักษณะสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) นั้น บรรเจิด สิงคะเนติ อธิบายว่า หลักการดังกล่าวเป็นพื้นฐานตามหลักนิติรัฐภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งภายใต้การปกครองดังกล่าวจำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายมากขึ้น รวมถึงการให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่ง กฎ และข้อบังคับต่างๆ แต่การใช้อำนาจจะเป็นไปโดยอำเภอใจไม่ได้ ต้องเป็นไปตามอำนาจที่กฎหมายบัญญัติไว้และต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งต้องเหมาะสมและมีความสมเหตุสมผล ประเทศต่าง ๆ เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐอิตาลี และ ราชอาณาจักรสเปน ได้นำหลักการนี้ไปปรับใช้เพื่อเป็นหลักแห่งความเสมอภาคในการบังคับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะส่วนได้เสียอันเกี่ยวกับสิทธิบุคคลตามกฎหมายที่รัฐต้องใช้อำนาจดุลพินิจในรูปของคำสั่ง กฎ และข้อบังคับต่างๆ นอกจากนี้ ประชาคมยุโรปยังได้นำหลักการนี้ไปใช้ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน อีกทั้งยังมีการนำหลักการนี้ไปปรับใช้กับกฎหมายอาญาเพื่อหาหลักสัดส่วนในการกำหนดโทษทางอาญา ตลอดจนนำไปใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการทำสงคราม และเป็นหลักเกณฑ์ในการชั่งน้ำหนักเกี่ยวกับการบังคับใช้

³⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 274, 277, 279.

กฎหมายกรณีที่มีการละเมิดสิทธิตามสนธิสัญญา³⁶ เห็นได้ว่า การใช้อำนาจดุลพินิจในการออกคำสั่ง กฎ และข้อบังคับต่าง ๆ นอกจากจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งให้อำนาจไว้แล้ว หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนนี้ยังเป็นพื้นฐานที่สำคัญและเป็นเครื่องมือของศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ ซึ่งใช้ในการชั่งน้ำหนักว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือองค์กรของรัฐเป็นไปตามหลักสัดส่วนที่เหมาะสมและจำเป็นหรือไม่

นอกจากนี้ ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้ สัดส่วนได้ถูกยกระดับให้เป็นหลักการตามรัฐธรรมนูญและเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการตรวจสอบการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้ถือว่าหลักการนี้เป็นเกณฑ์ในการควบคุมการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

(1) หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนมีความสำคัญในแง่ของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนซึ่งบัญญัติให้สิทธิไว้ตามรัฐธรรมนูญ โดยเงื่อนไขของกฎหมายจะต้องสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน

(2) ในขอบเขตของการบัญญัติกฎหมายที่มีสาระสำคัญอันเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน การใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนนั้น ต้องเป็นเรื่องความจำเป็นเพื่อการเปรียบเทียบ โดยในขั้นต้นจะต้องประเมินค่าความสัมพันธ์ระหว่างผลประโยชน์มหาชนประการหนึ่งกับการสูญเสียเสรีภาพของปัจเจกชนอีกประการหนึ่ง ดังนั้น กฎเกณฑ์ในทางกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจำเป็นจะต้องให้เหตุผลที่แตกต่างกัน โดยขึ้นอยู่กับ การพิจารณาว่า ผลประโยชน์ของมหาชนหรือผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลมีความสำคัญมากกว่า ในกรณีนั้นๆ³⁷

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุ มาปรับใช้ในการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างมากมาย ในคำวินิจฉัยหลายฉบับได้กล่าวถึง หลักการนี้ดังเช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี BVerfGE 38, 281 ซึ่งได้วินิจฉัยกฎหมายมลรัฐเบรเมน (Bremen) และซาร์แลนด์ (Saarland) เกี่ยวกับการจัดตั้งสภาองค์การลูกจ้าง (*Arbeitnehmerkammern*) ให้เป็นนิติบุคคลมหาชน และบังคับให้ลูกจ้างทั้งหมดเป็น

³⁶ วุฒิชัย จิตานู. (2549). การบังคับใช้หลักการสัดส่วน (Principle of Proportionality). *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 8(22), หน้า 41 – 43.

³⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 280 – 281.

สมาชิกของ องค์การดังกล่าวไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า บุคคลย่อมได้รับการรับรองสิทธิตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญในการริเริ่มให้มีการรวมกันเป็นสมาคมในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง หรือในการก่อตั้งสมาคม ทั้งนี้ ย่อมรวมถึงมีสิทธิที่จะไม่เข้าไปรวมกลุ่มหรือมีสิทธิที่จะออกจากการรวมกลุ่มได้ แต่กรณีย่อมมี ความหมายเป็นประการอื่นหากรัฐตัดสินใจโดยอาศัยเหตุผลเพื่อประโยชน์ส่วนรวมโดยการกำหนด เป็นกฎหมายให้จัดตั้งนิติบุคคลมหาชนขึ้นเป็นองค์กรกลุ่มในภาครัฐเสีย ซึ่งการจะบรรลุดูภารกิจของ องค์กรดังกล่าวได้จะต้องกำหนดให้บุคคลที่อยู่ในขอบเขตของเรื่องนั้นเป็นสมาชิกขององค์กร ดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่ารัฐสามารถกระทำการดังกล่าวได้โดยปราศจาก ขอบเขต กฎหมายดังกล่าวยังต้องเป็นไปตามหลักการของรัฐธรรมนูญ ซึ่งต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหา รวมถึงต้องสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ โดยเฉพาะหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน (*Grundsatz der Verhaetnismassigkeit*) สำหรับกรณีที่เกี่ยวข้องกับประเด็นนี้ คือองค์กรนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาเสรีภาพทั่วไปตามมาตรา 2 วรรคหนึ่ง GG กับความสำคัญของการจัดตั้งองค์กรดังกล่าว โดยจะต้องตรวจสอบอย่างระมัดระวังถึงความจำเป็น ซึ่งในการก่อตั้งองค์กรในรูปแบบนิติบุคคล มหาชน บังคับบุคคลย่อมอาศัยสิทธิตามมาตรา 2 วรรคหนึ่ง GG ในการที่จะใช้สิทธิเพื่อโต้แย้งกับการบังคับให้เป็นสมาชิกขององค์กรใดองค์กรหนึ่งที่ไม่จำเป็นต้องเข้าไปเป็นสมาชิกก็ได้³⁸ หรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี BVerfGE 16, 194 ซึ่งเป็นการวินิจฉัยคำสั่งในการตรวจจับแอลกอฮอล์ตามมาตรา 81 a ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (StPO) ศาลได้กล่าวว่า บทบัญญัติดังกล่าวเรียกร้องให้คำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวกับร่างกายว่าการแทรกแซงในเรื่องดังกล่าวจะต้องอยู่ในความพอสมควรแก่เหตุที่เหมาะสมกับลักษณะของความร้ายแรงของความผิด ในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับการตรวจจับแอลกอฮอล์นั้น ผู้พิพากษาใช้หลักการพิจารณาเหมือนกรณีอื่นๆ ที่รัฐนำไปแทรกแซงในขอบเขตของเสรีภาพของบุคคลซึ่งจะต้องคำนึงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุโดยเฉพาะประเด็นเรื่องวิธีการและวัตถุประสงค์ในกรณีที่ผลประโยชน์ในทางอาญานั้นมีความชัดเจนจากการกระทำความผิดดังกล่าว ซึ่งมีรากฐานของหลักความชอบด้วยกฎหมายโดยเฉพาะหลักนิติรัฐ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการแทรกแซงเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหาดังกล่าวย่อมเป็นกรณีที่อาจให้เหตุผลได้ ดังนั้นในการพิจารณาถึงความได้สัดส่วนระหว่าง

³⁸ มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย. (2547). *รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง กฎหมายที่มีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ*, เสนอคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. อ้างถึงใน วรรค ๖ วิจารณ์. (2548). *หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 135.

วัตถุประสงค์และวิธีการนั้น จึงต้องพิจารณาระดับความร้ายแรงที่เป็นการกระทำความผิดด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามมาตรา 81 และมาตรา 81 a StPO ซึ่งมาตรการดังกล่าวนี้เรียกร้องให้การใช้กฎหมายต้องคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยมีข้อพิจารณาว่า การแทรกแซงของรัฐนั้นจะต้องอยู่ในสัดส่วนที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด ดังนั้นผลที่เกิดขึ้นจะต้องไม่ตกเป็นภาระต่อผู้กระทำมากกว่าโทษที่เขาจะได้รับ ด้วยเหตุนี้ศาลจึงมีความเห็นว่ามาตรการในทางกฎหมายกับมาตรการที่ใช้ในเรื่องอื่นๆ จะต้องอยู่ภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งในเรื่องนี้เป็นเพียงความผิดเล็กๆน้อยๆ เท่านั้น³⁹

2.3.2 หลักการย่อยของหลักความพอสมควรแก่เหตุ

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้พัฒนาหลักความพอสมควรแก่เหตุจากหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการและผลที่ได้รับ (means and ends) หรือความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล (cause and effect) โดยในระยะแรกของพัฒนา ได้มีการเรียกร้องให้มาตรการที่รัฐนำมาใช้ต้องก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ (suitable means) มากที่สุด แต่มาตรการที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์มากที่สุดนั้นอาจไม่ใช่มาตรการที่ล่วงละเมิดหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลน้อยที่สุด ศาลจึงเพิ่มองค์ประกอบข้อที่สองว่า ในบรรดามาตรการที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์นั้น องค์การของรัฐต้องเลือกใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลน้อยที่สุด หลังจากนั้นภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง ศาลได้พัฒนาองค์ประกอบข้อที่สาม ซึ่งเรียกร้องว่า การก้าวล่วงต่อสิทธิของบุคคลจะต้องได้สัดส่วนที่เหมาะสมกับผลที่เกิดขึ้น⁴⁰

จากการพัฒนาดังกล่าวได้นำไปสู่การแบ่งแยกหลักความพอสมควรแก่เหตุออกเป็นหลักการย่อยสามหลักการคือหลักความเหมาะสม (The Principle of Suitability) หลักความจำเป็น (The Principle of Necessity) และหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (The Principle of Proportionality stricto sensu) อย่างไรก็ตาม นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันบางท่านได้แบ่งแยกหลักการย่อยของหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้เพียงสองหลักการย่อย คือหลักความจำเป็นและหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ โดยแยกหลักความเหมาะสมไปเป็นข้อห้ามต่างหาก และบางท่านได้ตัดหลักความเหมาะสมออกไปเสีย ขณะเดียวกัน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้นำหลักการย่อยของหลักความพอสมควรแก่เหตุทั้งสามหลักการย่อยข้างต้นมาใช้ในการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังเช่นในคดีที่มีการโต้แย้งมาตรการในการตรวจสอบจดหมาย ตรวจสอบการติดต่อสื่อสารทางโทรศัพท์และการติดต่อสื่อสาร

³⁹ มูลินิสตาฉบับวิจัยกฎหมาย. (2547). อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 38. หน้า 136.

⁴⁰ ศรีรัตน์ งามนิสัย. (2550). *หลักความพอสมควรแก่เหตุ: พัฒนาและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550. หน้า 10 - 11.

โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ศาลได้วินิจฉัยว่าตามหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนนั้น มาตรการตรวจสอบดังกล่าวจะต้องมีความเหมาะสม (geeignet) เพื่อให้มาตรการในการแทรกแซงสิทธิในการติดต่อสื่อสารมีผลต่อการคุ้มครองต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง กล่าวคือ การแทรกแซงดังกล่าวต้องเป็นมาตรการเพื่อให้สามารถรับรู้ได้ทันเวลา และสามารถที่จะค้นพบอันตรายอันเกิดจากการโจมตีโดยอาวุธต่อสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ นอกจากนี้ มาตรการนั้นต้องมีความจำเป็น (erforderlich) ด้วย และหากมีมาตรการอื่นที่ก่อให้เกิดผลกระทบที่น้อยกว่า โดยสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้แล้ว มาตรการดังกล่าวก็ไม่ถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นและทำที่สุดมาตรการตรวจสอบดังกล่าวต้องได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Verhaeltnismaessigkeit im engeren Sinne) ซึ่งหมายความว่ามาตรการตรวจสอบนั้นจะต้องวางอยู่ในความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างผลที่ได้จากมาตรการตรวจสอบดังกล่าวกับผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน⁴¹

2.3.2.1 หลักความเหมาะสมหรือหลักความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Suitability)

หลักการนี้ เป็นหลักการที่บังคับว่า ในบรรดามาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับกับประชาชนได้นั้น ฝ่ายปกครองต้องใช้วิจารณญาณเลือกออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น

หลักการนี้เป็นหลักการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่รัฐนำมาใช้กับการบรรลุวัตถุประสงค์ของมาตรการ หลักความเหมาะสมในการออกกฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติจะเลือกใช้ได้แต่วิธีการที่สามารถส่งผลให้บรรลุเป้าหมายที่ได้วางไว้จริงๆ จึงจะเรียกได้ว่า วิธีการหรือมาตรการนั้นๆ เป็นมาตรการที่เหมาะสม โดยความหมายของหลักความเหมาะสมตามแนวคิดใหม่ เห็นว่าหากมาตรการที่รัฐนำมาใช้ได้รับการประเมินว่ามีความเป็นไปได้อย่างชัดเจนที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนดไว้ ก็เป็นมาตรการที่ชอบด้วยหลักการนี้⁴² ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้อธิบายถึงมาตรการที่เหมาะสมสำหรับการบรรลุวัตถุประสงค์โดยกำหนดไว้ว่า “การบรรลุวัตถุประสงค์ตามความต้องการได้นั้นขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์นั้นๆ” โดยเฉพาะในขอบเขตเสรีภาพของประชาชน บทบัญญัติที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องสอดคล้องกับหลักความเหมาะสม “ที่สามารถป้องกันวัตถุประสงค์ที่มีชอบได้ด้วยการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างมี

⁴¹ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 274.

⁴² ศรีรัตน์ งามนิสัย. (2550). *หลักความพอสมควรแก่เหตุ: พัฒนาและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 14.

ประสิทธิภาพ” การอธิบายดังกล่าวมีความหมายว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องอยู่บนพื้นฐาน การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการทางกฎหมาย

การควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติให้เป็นไปตามหลักการย่อยดังกล่าว มีอยู่ 2 ประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง มาตรการที่ฝ่าฝืนต่อหลักการนี้คือมาตรการที่ไม่สามารถ ก่อให้เกิดผลตามที่ต้องการได้ ประการที่สอง หากมาตรการนั้นก่อให้เกิดผลบางส่วนอย่างเป็น รูปธรรม ก็ถือว่าเพียงพอต่อการพิจารณาว่ามาตรการนั้นสอดคล้องกับหลักการนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรการขององค์กรนิติบัญญัติที่ต้องอาศัยระยะเวลาในการก่อให้เกิดผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์ นอกจากนี้ ในเวลาที่ยังคงมีมติบัญญัติที่คัดค้านใจเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งมาใช้ มาตรการนั้น อาจจะไม่นับสนุนวัตถุประสงค์ที่ยังคงมีมติบัญญัติต้องการอย่างชัดเจนได้ ดังนั้นแม้จะมี ข้อเท็จจริงว่ามาตรการที่ยังคงมีมติบัญญัตินำมาใช้ยังไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ ได้ ณ เวลานั้น แต่มาตรการนั้นยังไม่ถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยอัตโนมัติ ตัวอย่างเช่น ศาล วินิจฉัยว่ากฎหมายว่าด้วยภาษีพิเศษเกี่ยวกับการขนส่งสินค้าทางไกล (Werkfernverkehrs) ไม่ขัด รัฐธรรมนูญ เนื่องจากระยะเวลาในการใช้บังคับมาตรการทางภาษีนี้นั้น มีระยะเวลาที่สั้นเกินไปที่จะ ก่อให้เกิดผลตามวัตถุประสงค์ อย่างไรก็ตามศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ วินิจฉัยว่ามาตรการที่ไม่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์อย่างชัดเจน เนื่องจากก่อให้เกิดผลตามวัตถุประสงค์ที่ ต้องการเฉพาะในระยะเวลาแรก เป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยว่าประกาศ ของ Agencies for arranging shared travel (Mitfahrezentralen) ที่มีขึ้นเพื่อสนับสนุนความปลอดภัยของการจราจรบนถนนและป้องกัน อันตรายให้กับผู้โดยสาร เป็นมาตรการที่ไม่ทำให้ วัตถุประสงค์สัมฤทธิ์ผลและในคดีเกี่ยวกับ ข้อกำหนดว่าด้วยผู้ขายปลีกที่มีความชำนาญเกี่ยวกับสินค้าที่ขาย ซึ่งมีข้อที่น่าสงสัยเกี่ยวกับการ ปกป้องผลประโยชน์ของผู้บริโภค ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์อย่างชัดเจน⁴³

การพิจารณาว่ากฎหมายใดเหมาะสมหรือไม่ ต้องคำนึงอยู่เสมอว่าองค์กรนิติบัญญัติ มีดุลพินิจเฉพาะในการกำหนดหรือคาดคะเนพัฒนาการในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่ เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการกำกับดูแลหรือกำหนดทิศทางเศรษฐกิจของประเทศ กฎหมายที่จะถือ ว่าขัดต่อหลักความเหมาะสมและขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องปรากฏว่าองค์กรนิติบัญญัติใช้ ดุลพินิจซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของการคาดคะเนพัฒนาการในอนาคตและผลกระทบที่เกิดขึ้นจาก กฎหมายนั้นผิดพลาดอย่างชัดเจน ตัวอย่างสำคัญที่เคยเกิดขึ้นในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนี และเป็นตัวอย่างที่ชี้ให้เห็นว่าอย่างไรจะเรียกว่าเหมาะสมนั้นถือเป็นดุลพินิจของฝ่ายนิติ

⁴³ ศรีรัตน์ งามนิสัย, อังแล้วเชิงอรรถที่ 42, หน้า 15 - 16.

บัญญัติ คือกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดความเร็วสำหรับการขับขีรถยนต์บนทางพิเศษ (Autobahn) โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะลดการทำลายป่าไม้ กรณีนี้ แม้จะเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลตามกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในมาตรา 2(1) ก็ตาม แต่การคาดคะเนว่าการจำกัดความเร็วจะส่งผลให้ปริมาณมลพิษน้อยลงและจะมีผลสืบเนื่องเป็นการชะลอการทำลายป่าลงไปด้วยนั้นย่อมไม่อาจถือได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้กระทำการผิดพลาดอย่างชัดเจน ดังนั้นจึงต้องถือว่าการตรากฎหมายจำกัดความเร็วบนทางพิเศษ (Autobahn) เป็นมาตรการที่เหมาะสมในการชะลอการทำลายป่าไม้ลง ส่วนในกรณีที่กฎหมายนั้นเมื่อใช้ไปแล้วไม่เหมาะสมในอันที่จะบรรลุผลที่ต้องการ ไม่เป็นเหตุที่จะพอฟังได้ว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม หากเกิดกรณีเช่นว่านี้ องค์กรณีบัญญัติอาจมีหน้าที่ต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายฉบับนั้น หากกฎหมายฉบับนั้นยังมีผลใช้บังคับอยู่⁴⁴

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้นำหลักความเหมาะสมมาปรับใช้ หลายคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังเช่นในคดีการล่าสัตว์ตระกูลเหยี่ยว (falconry) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ตัดสินไว้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการล่าสัตว์ (Hunting Law) ประสงค์ให้ผู้ฝึกเหยี่ยวในการล่าสัตว์ต้องทดสอบความรู้เกี่ยวกับการใช้อาวุธเพื่อที่จะออก ใบอนุญาตสำหรับการล่าสัตว์ด้วยนกตระกูลเหยี่ยว (falconry) มาตรการนี้ ไม่ได้มีส่วนในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ใช้เหยี่ยวในการล่าสัตว์อันเป็นเสรีภาพของการกระทำ (Art.21 GG) ศาลได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ในการตรวจสอบ โดยเห็นว่าวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติดังกล่าวและใบอนุญาตประสงค์ให้ผู้ฝึกเหยี่ยวในการล่าสัตว์ปฏิบัติต่อเหยี่ยวอย่างเหมาะสม แม้ว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้ต้องการให้ความรู้เกี่ยวกับอาวุธก็ตาม แต่ก็ไม่เหมาะสมกับวัตถุประสงค์นี้(การทดสอบความรู้ควรจะถามถึงความรู้เกี่ยวกับเหยี่ยวและการล่าสัตว์ด้วยนกตระกูลเหยี่ยว) ดังนั้นบทบัญญัตินี้จึงไม่ได้สัดส่วนและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือในคดีที่มีการจำกัดการขนส่งสินค้าทางไกล เพื่อเป็นการส่งเสริมให้การรถไฟเยอรมันมีลูกค้าเพียงพอที่จะไม่ขาดทุน มาตรการในการจำกัดการขนส่งสินค้าทางไกล จึงได้กำหนดจำนวนของรถบรรทุกที่รัฐจะอนุญาตให้ขนส่งสินค้าได้ แต่สำหรับการขนส่งบางประเภทได้แก่การขนย้ายเฟอร์นิเจอร์ทางไกล (ย้ายบ้าน) ไม่ได้มีการดำเนินการขนย้ายโดยทางรถไฟมาตั้งแต่แรกแล้ว เนื่องจากสภาพของเฟอร์นิเจอร์ที่ต้องขนย้ายจากบ้านหลังหนึ่งไปยังบ้านอีกหลังหนึ่งนั้นหากขนส่งโดยรถไฟก็ต้องขนย้ายจากสถานีไปยังบ้านอีกหลังหนึ่ง ซึ่งเป็นการไม่สะดวก การกำหนดมาตรการส่งเสริมกิจการรถไฟดังกล่าวโดยครอบคลุมถึงกิจการขนส่งทุกประเภทเป็น

⁴⁴วเรจด์น ภาศิริตัน. (2543). เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน “มาตรการในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย”. *วารสารนิติศาสตร์*, 30 (2). หน้า 188.

การเหมาะสมหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเห็นว่าเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับการขนส่งเฟอร์นิเจอร์ ทางไกลนั้นมาตรการนี้ไม่เหมาะสมจึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ⁴⁵

2.3.2.2 หลักความจำเป็น (Principle of Necessity)

หลักการย่อยของหลักความพอสมควรแก่เหตุในข้อนี้ เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่าเป็นหลักการของการแทรกแซงที่น้อยที่สุด ซึ่งมีความหมายว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องละเว้นจากการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพนั้น หากมีมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้เช่นเดียวกัน โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเลือกใช้มาตรการที่เกิดความรุนแรงน้อยที่สุด ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเคยกล่าวถึงหลักการนี้ไว้ว่า มาตรการที่จำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์นั้นเมื่อมีมาตรการอื่นที่มีผลกระทบที่เท่ากันแต่มีเหตุผลที่น้อยกว่า มาตรการนั้นไม่ควรถูกนำมาใช้

ฮาร์เวร์ การ์ด (Haver Karte) ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับหลักการนี้ไว้ว่า เป็นหลักการที่ไม่มีมาตรการอื่นที่เหมาะสม ส่วนการจำกัดสิทธิที่มากเกินไปนั้นเป็นผลมาจากการเลือกวิธีการ ตัวอย่างในเรื่องนี้คือ การป้องกันมิให้ผู้เข้าพักอาศัยในโรงแรมรบกวนผู้เข้าพักคนอื่นๆ เจ้าของโรงแรมไม่จำเป็นต้องไปลงโทษหรือว่ากล่าวผู้เข้าพักอาศัยที่ก่อให้เกิดการรบกวนเจ้าของโรงแรม เพียงแต่ไม่ขยายระยะเวลาการเช่าที่พักให้ผู้ใช้นั้นอีกต่อไป แต่สำหรับการจำกัดการขับขี่จักรยานยนต์ในถนนบางแห่งในเมืองในเวลาที่กำหนดเพื่อไม่ให้รบกวนนักท่องเที่ยว ถือว่าไม่มีเหตุผลอันสมควร เนื่องจากมีมาตรการอื่นที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้ขับขี่จักรยานยนต์ได้น้อยกว่า

ในการพิจารณาเปรียบเทียบว่ามาตรการสองมาตรการมีประสิทธิภาพเท่ากันหรือไม่ หลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กำหนดแนวทางไว้ว่า เมื่อมาตรการสองมาตรการไม่อาจจะวินิจฉัยได้ว่ามีประสิทธิภาพเท่ากัน ดังนั้นจึงต้องพิจารณาว่ามาตรการสองมาตรการนั้นหากมาตรการหนึ่งจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลน้อยกว่าอีกมาตรการหนึ่ง รัฐต้องเลือกใช้มาตรการนั้น ตัวอย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้เพิกถอนกฎหมายเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีในการขนส่งสินค้า เนื่องจากมีการตรวจสอบว่ามีมาตรการอื่นที่สามารถนำไปปฏิบัติได้ และเป็นมาตรการที่มีความยุ่งยากในทางปฏิบัติน้อยกว่าการจัดเก็บภาษีดังกล่าว⁴⁶

สำหรับการตรวจสอบความจำเป็นของมาตรการอันใดอันหนึ่งนั้น มีเงื่อนไขพื้นฐานอยู่ที่การพิจารณาความเหมาะสมของมาตรการนั้นเฉพาะมาตรการที่มีความเหมาะสมเท่านั้นถึงจะ

⁴⁵ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2535). *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญ เยอรมัน*. กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 166 - 167.

⁴⁶ ศรีรัตน์ งามนิสัย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 42. หน้า 20.

นำไปสู่การตรวจสอบตามหลักความจำเป็น ถ้าหากมีมาตรการที่เหมาะสมเพียงมาตรการเดียว มาตรการดังกล่าวจะได้รับเลือกเมื่อมาตรการดังกล่าวนั้นสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของหลักความจำเป็น แต่ จาร์คอป (M. Ch. Jakobs) เห็นว่า หลักความจำเป็นจะนำมาใช้เมื่อมีมาตรการที่เหมาะสมหลาย มาตรการเท่านั้น หากมีมาตรการที่เหมาะสมเพียงมาตรการเดียวก็ไม่จำเป็นต้องนำหลักความจำเป็นมาพิจารณา⁴⁷

หลักความจำเป็นได้ถูกนำมาใช้กับมาตรการขององค์กรฝ่ายปกครองด้วย ดังเช่น ในคดีที่มีการควบคุมความเดือดร้อนรำคาญที่มีสาเหตุจากการเปิดร้านเหล้าขนาดเล็ก ศาลเห็นว่า องค์กรฝ่ายปกครองอาจเลือกใช้วิธีการควบคุมความเดือดร้อนรำคาญด้วยการเปลี่ยนแปลงเวลาเปิดร้านได้ โดยไม่ต้องนำวิธีการจัดเก็บภาษีหรือเปรียบเทียบปรับมาใช้ (17 BWVGHE 227) เคยมีคดีเกิดขึ้นที่กรุงเบอร์ลินในปี ค.ศ. 1968 เจ้าหน้าที่ตำรวจห้ามมิให้มีการเดินขบวน แต่มีบุคคลกลุ่มหนึ่งนำไปสเตอร์ไปติดไว้ที่โคมไฟตามถนนและสถานที่อื่นๆ เพื่อเชิญชวนให้ประชาชนมาร่วมเดินขบวน บุคคลนั้นถูกควบคุมตัวในคืนนั้นและในวันต่อมาจนกระทั่งการเดินขบวนได้เสร็จสิ้นลงไปแล้ว ซึ่งการควบคุมตัวดังกล่าวได้รับอำนาจจากศาลปกครองชั้นต้น แต่ต่อมาบุคคลดังกล่าวได้ร้องไปยังศาลปกครองชั้นสูงของเบอร์ลิน และศาลได้วินิจฉัยว่าการจับกุมบุคคลดังกล่าวไม่มีความจำเป็นสำหรับการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม เพราะการริบแผ่นประกาศดังกล่าวถือเป็นการเพียงพอแล้ว

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้นำหลักความจำเป็นมาปรับใช้มากมาย ดังเช่นในคดีเกี่ยวกับกฎหมายสำรวจสำมะโนครัวประชากร (Census Law) ศาลเห็นว่า ภายใต้โครงสร้างการสำรวจสำมะโนครัวประชากร ในการปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่สหพันธ์ระดับสูงสามารถเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลได้อย่างกว้างขวาง และสามารถที่จะส่งต่อข้อมูลส่วนบุคคลไปยังที่อื่นได้อย่างง่ายดายและเป็นไปได้ ที่จะส่งต่อข้อมูลเหล่านั้นไปยังเจ้าพนักงานระดับล่าง การรวบรวมข้อมูลซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิในการป้องกันข้อมูลกับสิทธิส่วนบุคคลเป็นปัญหาเกี่ยวกับความได้สัดส่วน ศาลเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่เจ้าพนักงานระดับสูงจะมีอำนาจในการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลเช่นนั้น แต่ควรเป็นเจ้าพนักงานระดับล่างที่มีอำนาจตามกฎหมายและสัมพันธ์กับข้อมูลเหล่านี้ ตามความเป็นจริงเท่านั้น หรือในคดีเกี่ยวกับกฎหมายจราจร (the Road Traffic Code) ซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ยึดใบอนุญาตขับขี่ของบุคคลผู้มีความสุขภาพไม่ปกติในการขับรถ ศาลได้วินิจฉัยว่าการยึดใบอนุญาตขับขี่แต่เพียงบางส่วนไม่สามารถทำได้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายคือการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะจากอันตรายที่เกิดจากอุบัติเหตุอันเนื่องมาจากการขับรถซึ่งต้องยึดใบอนุญาตทั้งหมด

⁴⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 30 . หน้า 51.

2.3.2.3 หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality stricto sensu)

หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ เป็นหลักการที่เรียกร้องให้ ความรุนแรงของการแทรกแซงและน้ำหนักของเหตุผลต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าเหมาะสมได้สัดส่วนซึ่ง กันและกัน หลักการนี้ต้องการความสมดุลที่เหมาะสมระหว่างการล่วงละเมิดต่อปัจเจกบุคคลและ ประโยชน์สาธารณะที่ได้รับจากมาตรการนั้นหรือเป็นหลักการที่ห้ามมิให้นำมาตรการที่ก่อให้เกิด ความเสียหายต่อปัจเจกบุคคลอย่างชัดเจนเกินกว่าประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับมาใช้บังคับ ศาล รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า วิธีการที่เลือกและความต้องการใน ผลที่เกิดขึ้นต้องมีความสัมพันธ์ที่เหมาะสมซึ่งกันและกัน หลักความพอสมควรแก่เหตุ ใน ความหมายอย่างแคบ คล้ายกับหลักความจำเป็นเฉพาะเกณฑ์ความสัมพันธ์ในการประเมินของผู้ พิพากษา แต่ตรงกันข้ามกับหลักความจำเป็นตรงที่เป็นความสมดุลระหว่างวิธีการและผลที่เกิดขึ้น ส่วนขอบเขตและความเข้มข้นของหลักความพอสมควรเหตุในความหมายอย่างแคบ จะ เปลี่ยนแปลงไปตามลักษณะของการแทรกแซงและขอบเขตการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ตัวอย่างเช่น ในขอบเขตของข้อบังคับเกี่ยวกับวิธีการทางเศรษฐกิจ องค์กรนิติบัญญัติต้องยินยอม ให้ มีการแทรกแซงในขอบเขตที่กว้างและตามที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ วินิจฉัยไว้ การฝ่าฝืนต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ อาจมีได้ในกรณีการ ตรากฎหมายผิดพลาดโดยชัดเจน หรือมาตรการที่แทรกแซงไม่เหมาะสมและไม่ได้รองรับ วัตถุประสงค์ของประโยชน์สาธารณะ

หลักการนี้ ในบางตำราเรียกหลักการนี้ว่าหลักความเหมาะสม (Appropriateness) ซึ่ง มีความหมายเช่นเดียวกันว่า มาตรการของรัฐจะเป็นมาตรการที่ไม่สามารถยอมรับได้ หากสร้าง ภาระไม่ได้สัดส่วนกับขอบเขตของวัตถุประสงค์ของหลักการนี้ ซึ่งต้องการให้การกระทำมีความ สมดุล สิทธิซึ่งถูกจำกัด โดยการกระทำของรัฐนั้นจะต้องชั่งน้ำหนักกับประโยชน์ของมาตรการ และ ในการตัดสินใจว่าสิ่งใดจะมีน้ำหนักมากกว่ากันต้องมีการประเมินสถานการณ์ทั้งหมด ดังนั้น ความ จำเป็นและความรุนแรงของการล่วงละเมิด รวมทั้งความสำคัญและความรีบด่วนของประโยชน์ สาธารณะ ต้องมีความสอดคล้องกับภาระที่เกิดขึ้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้เคยตัดสินไว้ว่า “การฝ่าฝืนต่อกฎหมายมีน้ำหนักมากกว่าผลกระทบที่มีต่อเสรีภาพของการ แสดงออก เหตุผลที่ใช้ย่อมถ่วงดุลกับเสรีภาพของประชาชนผู้เรียกร้อง” ในส่วนความสมดุล ระหว่างสิทธิและประโยชน์นั้นต้องพยายามกำหนดความสมดุลเพื่อที่จะไม่ให้สิทธิของประชาชน ต้องถูกจำกัดอย่างสิ้นเชิง สิทธิทั้งหมดต้องยอมรับให้มีการจำกัดสิทธิได้เพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ แม้ว่าการบัญญัติกฎหมายยังคงต้องมีแต่การจำกัดสิทธิก็ต้องถูกประเมินด้วยเสมอ เกี่ยวกับหลักการ

ข้อยกเว้นศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้เคยตัดสินเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพทางด้านศิลปะของผู้ร้องขัดแย้งกับประโยชน์ในการคุ้มครองผู้เยาว์จากภาพลามกอนาจาร ศาลได้กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า “หากเสรีภาพทางศิลปะขัดแย้งกับประโยชน์อย่างอื่น ประโยชน์ทั้งสองจะต้องสมดุลโดยประการที่ทำให้เกิดผลที่ดีที่สุดในความขัดแย้งระหว่างสิ่งทั้งสอง หลักความพอสมควรแก่เหตุมีความสำคัญมากในเรื่องนี้ กระบวนการที่สมดุลต้องอธิบายขอบเขตการจำกัดเสรีภาพทางด้านศิลปะและขอบเขตของประโยชน์ที่ได้รับซึ่งขัดกันอยู่

หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในขอบเขตของกฎหมายปกครอง ศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเคยมีคำวินิจฉัยลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1980 (60 BverwGE 75, 77) ว่า สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองจะต้องปฏิบัติตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งเนรเทศคนต่างชาติ กล่าวคือ เมื่อได้พิจารณาข้อเท็จจริงและสถานการณ์ของแต่ละกรณีแล้ว ต้องปรากฏว่าอันตรายที่เกิดจากการเนรเทศจะต้องได้สัดส่วนกับผลที่ต้องการให้เกิดขึ้นซึ่งรวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมของแต่ละกรณีกับผลที่จะเกิดขึ้น เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่นำมาใช้และผลที่เกิดขึ้นจากมาตรการนั้นจะต้องได้สัดส่วนซึ่งกันและกัน⁴⁸

กล่าวโดยสรุป หลักการย่อยของหลักความพอสมควรแก่เหตุทั้ง 3 หลักการ อาจพิจารณาได้จากตัวอย่างที่เด็กอายุ 14 ปี ได้ขโมยขนมที่ร้านขายของชำ ตำรวจไม่สามารถวิ่งไล่จับเด็กได้จึงใช้ปืนยิงไปที่ขาของเด็ก การกระทำของตำรวจเป็นการปฏิบัติตามหลักความพอสมควรแก่เหตุทั้งสามหลักการย่อยหรือไม่ ในหลักความเหมาะสม หลักการนี้ ต้องคำนึงถึงประโยชน์ของการกระทำเสมอ ในกรณีนี้ตำรวจได้ยิงไปที่ขาของเด็กเพื่อประโยชน์ในการจับกุม การยิงไปที่ขาของเด็กจึงเหมาะสมเพราะการกระทำนี้ทำให้สามารถจับเด็กได้ และยังมีความจำเป็นตามหลักการที่สอง เนื่องจากไม่มีวิธีการอื่นที่ล่วงละเมิดได้น้อยกว่าการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจซึ่งไม่รู้ว่าเป็นการกระทำของเด็ก แต่การยิงปืนดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ เนื่องจากสิ่งที่ทำให้บรรลุผลของการจับกุมคือความผิดเพียงเล็กน้อย แต่ตำรวจใช้มาตรการที่รุนแรงจึงไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำ ส่วนการกระทำของตำรวจดังกล่าว เมื่อพิจารณาตามหลักความเหมาะสมและหลักความจำเป็นแม้จะเป็นการกระทำที่เกินกว่าอำนาจหน้าที่ของตนก็ตาม แต่ความเหมาะสมและความจำเป็นเป็นเงื่อนไขความต้องการบรรลุผลซึ่งไม่รวมถึงการใช้วิจารณญาณแต่อย่างใด เป็นเพียงการตรวจสอบทางเทคนิคว่าวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้สามารถบรรลุผลได้หรือไม่ และไม่มีวิธีการใดที่ล่วงละเมิดได้น้อยกว่า ส่วนการตรวจสอบหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ เป็นการตรวจสอบที่ทำให้เกิดความสมดุลของวิธีการที่ใช้

⁴⁸ ศรีรัตน์ งามนิสัย, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 42, หน้า 24.

2.4 แนวคิดเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Principle of Proportionality) ในความสัมพันธ์กับหลักความสมเหตุสมผล (Reasonableness)

บุคคลหลายคนที่มีความสงสัยอยู่ในใจว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Principle of Proportionality) เป็นหลักการเดียวกับหลักความสมเหตุสมผล (Reasonableness) หรือไม่ ในเรื่องนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุ เป็นการตรวจสอบระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการที่ใช้ว่าเหมาะสมหรือไม่ ส่วนหลักความสมเหตุสมผลเป็นการให้เหตุผลของเรื่องอันเกี่ยวกับความคุ้มค่าซึ่งมิได้เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์และวิธีการแต่อย่างใด

นอกจากนี้หลักความพอสมควรแก่เหตุยังเป็นการตรวจสอบตามขั้นตอน โดยขั้นตอนที่หนึ่ง เป็นการตรวจสอบวัตถุประสงค์ของการแทรกแซงว่ามีความชอบธรรมหรือไม่ ขั้นตอนที่สอง เป็นการตรวจสอบว่ามาตรการที่ใช้ขึ้นสามารถนำไปสู่ผลตามวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้หรือไม่ และเป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่ กล่าวคือ ต้องไม่มีมาตรการอื่นที่กระทบสิทธิของประชาชนได้น้อยกว่า รวมทั้งมาตรการที่ใช้กับผลที่ได้รับจะต้องได้สัดส่วนซึ่งกันและกัน ตัวอย่างที่เป็นการตรวจสอบในเรื่องนี้ได้แก่มาตรการที่บังคับให้ผู้ขับขี่รถจักรยานยนต์ต้องสวมหมวกนิรภัย การตรวจสอบในขั้นตอนแรกเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์ของมาตรการดังกล่าวมีขึ้นเพื่อความผาสุกของผู้ขับขี่จักรยานยนต์นั่นเอง วัตถุประสงค์ดังกล่าวจึงมีความชอบธรรม ส่วนการตรวจสอบในขั้นตอนที่สอง จะเห็นได้ว่ามาตรการดังกล่าวช่วยป้องกันมิให้ศีรษะของผู้ขับขี่รถจักรยานยนต์กระทบพื้นถนน เป็นการลดจำนวนผู้บาดเจ็บจากอุบัติเหตุซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของมาตรการ มาตรการนี้จึงมีความเหมาะสมและมาตรการนี้เป็นมาตรการที่จำเป็นเนื่องจากส่งผลกระทบต่อประชาชนได้น้อยกว่า มาตรการอื่น รวมทั้งมาตรการนี้พอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ เนื่องจากหมวกนิรภัยมีราคาที่ทุกคนสามารถซื้อหามาใช้ได้⁴⁹

ส่วนหลักความสมเหตุสมผล เป็นหลักการที่มาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด สาธารณรัฐฝรั่งเศสในคดี Ville Nouvelle Est ซึ่งศาลได้ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการเวนคืน โดยตรวจสอบว่ามีประโยชน์อะไรบ้างที่เกิดจากการเวนคืน และการเวนคืนนั้นต้องมีต้นทุนทางการเงินเท่าไร รวมทั้งความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสภาพแวดล้อม สังคม วัฒนธรรม หรือวิถีชีวิตของผู้ได้รับผลกระทบโดยนำมาเปรียบเทียบกัน หลักความสมเหตุสมผลจึงเป็นหลักที่ให้ความสำคัญเกี่ยวกับ

⁴⁹ บุญศรี มิวส์อุโฆษ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 32. หน้า 426 – 426.

ความสมดุลระหว่างบัญชี ต้นทุน และประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับว่ามีความคุ้มทุนกับจำนวนเงินที่จะต้องเสียไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่⁵⁰

เห็นได้ว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุมีการตรวจสอบตามขั้นตอนอย่างเป็นระบบ ส่วนหลักความสมเหตุสมผลไม่ได้มีการตรวจสอบตามขั้นตอนเหล่านั้น และหลักความพอสมควรแก่เหตุมีความแตกต่างจากหลักความสมเหตุสมผลในระบบกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายฉบับและการตัดสินของศาลที่บังคับใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างหลักความพอสมควรแก่เหตุและความคิดเกี่ยวกับหลักความสมเหตุสมผลที่แคบ นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมัน Bettermann ได้กล่าวไว้ว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นข้อจำกัดภาระที่ไม่สมเหตุสมผล ขณะที่ Erichser ได้กล่าวว่า มาตรการที่สามารถยอมรับได้นั้น ขอบเขตของภาระต้องอยู่ภายในขอบเขตการจำกัดที่พอสมควรและ Steinberg ได้แสดงความเห็นไว้ว่า ความคิดเกี่ยวกับหลักความสมเหตุสมผลเป็นรากฐานของหลักความพอสมควรแก่เหตุ

ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesgerichtshof) หรือศาลฎีกาได้วางหลักในเรื่องนี้ ไว้ดังตัวอย่างในคดีเกี่ยวกับการบังคับขายที่ดิน (forced sale) ซึ่งมีการจำนองด้วยราคา 60,000 DM⁵¹ โดยรวมกับหนี้ค่าภาษีที่ยังไม่ได้ชำระประมาณ 500 DM เป็นการฝ่าฝืนหลักความพอสมควรแก่เหตุ เนื่องจากเจ้าพนักงานจัดเก็บภาษีได้ดำเนินการโดย “ภาระที่ไม่สมเหตุสมผล” หรือในคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ระงับการย้ายเจ้าหน้าที่ทหารที่อาศัยเหตุผลว่าเขาแสดงความคิดเห็นทางการเมืองขณะปฏิบัติหน้าที่ เป็นการขัดแย้งกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกล่าวว่า มาตรการที่จำเป็นซึ่งเจ้าหน้าที่ได้โต้แย้งสามารถยอมรับได้เพียงเมื่อเกิดความเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะและไม่สามารถเยียวยาในวิธีการอื่นที่เหมาะสมกว่าการย้ายผู้ร้อง เช่นเดียวกัน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของ paragraph 3 Abs 1 WPfLG (Military Code) ซึ่งกำหนดหน้าที่ให้พนักงานบริการต้องสวมเครื่องแบบ เป็นการยอมรับขอบเขตของการจำกัดสิทธิที่สมเหตุสมผล ซึ่งได้มาจากหลักความพอสมควรแก่เหตุ

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้เชื่อมต่อแนวคิดระหว่างหลักความพอสมควรแก่เหตุกับหลักความสมเหตุสมผล ดังเช่น ในการวินิจฉัยกฎหมายเกี่ยวกับค่าตอบแทนของพยานบุคคลและพยานผู้เชี่ยวชาญ (Compensation of Witnesses and Expert Witnesses) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกล่าวว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุเรียกร้องให้

⁵⁰ วรณู วิจารณ์ันท์. (2548). *หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 48.

⁵¹ DM เป็นคำย่อของ Deutsche Mark สกุลเงินเยอรมันในอดีต ก่อนจะเปลี่ยนเป็นยูโร Euro

มาตรการที่ใช้โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเหมาะสมและจำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์ ซึ่งสิ่งนี้ก็คือ “ขอบเขตของความสมเหตุสมผล” ที่แสดงเหตุผลอันสมควรโดยทำให้เกิดความสมดุลระหว่าง ลักษณะของมาตรการและสาระสำคัญที่ควรปฏิบัติเพื่อนำไปสู่ประโยชน์สาธารณะ ศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงในคดีนี้ทั้งหมดแล้วสรุปได้ว่า ขอบเขต ของความสมเหตุสมผลมีไว้เพื่อรองรับมาตรการทางกฎหมายซึ่งไม่ได้ฝ่าฝืนต่อหลักความ พอดีสมควรแก่เหตุ

นอกจากนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความพอดีสมควรแก่เหตุและหลักความสมเหตุสมผล สามารถอธิบายได้ด้วยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี 2 คดี คือคดี แรก เป็นคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของข้อห้ามการปลูกองุ่นพันธุ์ใหม่ ศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยว่าสิทธิในทรัพย์สินสามารถที่จะควบคุมได้แต่ต้องไม่ มากจนเกินไป การจำกัดสิทธิใดๆ อันมีต่อทรัพย์สินต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของหลักความพอดีสมควร แก่เหตุ ศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวอีกด้วยว่า การจำกัดสิทธิที่กำหนดโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ เมื่อไม่มี เหตุผลอันสมควรและได้สัดส่วน มาตรการจึงไม่สมเหตุสมผลกับความสัมพันธ์ในผลที่เกิดขึ้น อย่างไม่ก็ตาม การจำกัดสิทธิการทำไรสวนองุ่นแห่งใหม่ไม่เพียงแต่ช่วยรักษาคุณภาพของไวน์ (German wine) แต่ยังสนับสนุนการเพิ่มระดับอุตสาหกรรมไวน์ของเยอรมันด้วย การจำกัดสิทธิตาม มาตรการนี้จึงไม่มากเกินไปกว่าความจำเป็น คดีที่สองเป็นคดีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ที่ชอบด้วย กฎหมาย ระหว่างที่ปรึกษาด้านภาษี (Tax Consultants) และเจ้าพนักงานจัดเก็บภาษี (Authorized Tax Agents) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่า การจำกัดสิทธิที่เป็นการ กำหนดการประกอบอาชีพของผู้ร้องเป็นการไม่สมเหตุสมผล จึงฝ่าฝืนต่อหลักความพอดีสมควรแก่ เหตุ

คดีที่กล่าวมาข้างต้นทั้งสองคดี ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความพอดีสมควรแก่เหตุ และ หลักความสมเหตุสมผลเป็นสิ่งที่ใกล้เคียงกัน และถ้อยคำที่ใช้ในการวินิจฉัยได้บอกเป็นนัยว่า ความคิดเกี่ยวกับหลักความพอดีสมควรแก่เหตุเหมือนกันกับหลักความสมเหตุสมผลหรือสามารถใช้ แทนกันได้ เมื่อทั้งสองแนวคิดสามารถที่จะได้รับยอมรับเช่นเดียวกับหลักการทั่วไปที่อยู่เหนือกว่า หลักความเสมอภาค และเนื่องจากแนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาค เป็นหลักการที่อยู่ในโครงสร้าง ของความยุติธรรมต่อปัจเจกบุคคลซึ่งต่อมาได้ประกอบ เป็นส่วนสำคัญของหลักนิติรัฐ ดังนั้นหลัก ความพอดีสมควรแก่เหตุและหลักความสมเหตุสมผล จึงอยู่ภายใต้ขอบเขตต่างๆ ไปของหลักนิติรัฐ และด้วยเหตุนี้เอง จึงแสดงให้เห็นว่าทั้งสองแนวความคิดเป็นส่วนหนึ่งของหลักการพื้นฐาน สาธารณะ (common foundation) อย่างไม่ก็ตามหลักความพอดีสมควรแก่เหตุและหลักความ สมเหตุสมผลก็มีความแตกต่างกันในเรื่องประสิทธิภาพ ซึ่งทำให้เกิดความจำเป็นในการแบ่งแยก

ระหว่างสองแนวคิด การแบ่งแยกที่ว่านี้ไม่เพียงแต่ทำให้เห็นประโยชน์ของแนวคิดให้ชัดเจนแล้ว แต่ยังมีความจำเป็นในกรณีที่หลักความพอสมควรแก่เหตุไม่สามารถนำมาใช้แทนหลักความ สมเหตุสมผลได้

แนวคิดเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุคือการมีอยู่ของทั้งสองตัวแปรคือ มาตรการ และวัตถุประสงค์ของมาตรการตัวแปรทั้งสองมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน และเป็น การตรวจสอบ ตามหลักความเหมาะสม หลักความจำเป็นและหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงสามารถที่จะนำไปใช้ในการตรวจสอบ มาตรการซึ่งต้องเปรียบเทียบ ระหว่างมาตรการและผลที่เกิดขึ้น แต่สำหรับการตรวจสอบในเรื่องอื่นๆ หลักความพอสมควรแก่ เหตุไม่สามารถที่จะตรวจสอบได้ ในขณะเดียวกัน การตรวจสอบการบังคับตามคำพิพากษา การ กระทำของรัฐและหน่วยงานของรัฐในการทำหน้าที่ด้วยความเป็นกลางระหว่างเจ้าหน้าที่และลูกหน้ นั้นแนวคิดของหลักความสมเหตุสมผลไม่ได้แสดงถึงความสัมพันธ์อย่างใด ๆ ระหว่างสองตัวแปร ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุ เป็นหลักการที่มีวัตถุประสงค์ในการกำหนด ความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการและผลที่เกิดขึ้น ส่วนหลักความสมเหตุสมผลเป็นหลักการที่กำหนด โดยขึ้นอยู่กับตัวบุคคล ซึ่งการตรวจสอบมีเพียงด้านเดียวคือการตรวจสอบในภาพรวม สิ่งเหล่านี้ เป็นสิ่งที่เห็นได้อย่างชัดเจนในความแตกต่าง แนวคิดเกี่ยวกับหลักความสมเหตุสมผลไม่สามารถที่ จะกล่าวได้ว่าได้รับมาจากหลักความพอสมควรแก่เหตุ แต่เป็นไปได้ที่บางครั้งแนวคิดเกี่ยวกับหลัก ความสมเหตุสมผลจะได้รับการพัฒนาเป็นหลักการทั่วไปในระบบ กฎหมายเยอรมัน ซึ่งผู้วิจัย

ให้ความเห็นว่าหลักความสมเหตุสมผลได้ถูกนำไปใช้ใน Article 242 BGB41(Civil Code) ที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายเอกชน (private law) สำหรับการ ตรวจสอบการจำกัดหน้าที่ต่อกันของ คู่ความ ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว ในระบบกฎหมายเยอรมันจึง ควรมีการพิจารณาถึงการนำหลักความ สมเหตุสมผลไปใช้ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนด้วย

2.5 แนวความคิดเรื่องหลักนิติธรรม (The Rule of law)

คำว่า หลักนิติธรรม มีนักวิชาการด้านนิติศาสตร์ให้ความหมายเอาไว้ หลายท่านได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ เครืองาม กล่าวว่า หลักนิติธรรมหรือ Rule of Law หมายถึง “สังคม ที่มีกฎหมายเป็นใหญ่ มีความเสมอภาค หากมีอะไรเกิดขึ้นต้องระงับคดีโดยศาล จะศาลอะไรก็

ขอให้เป็นศาลก็แล้วกัน โดยพิจารณาคดีเป็นธรรม ไม่เลือกปฏิบัติ ไม่ออกกฎหมายลงโทษย้อนหลัง ให้โอกาสนำพยานเข้าสู้บอย่างนี้จึงจะเรียกว่า Fair Trial ซึ่งเป็นหัวใจของหลักนิติธรรม”⁵²

ธานินทร์ กรัยวิเชียร ให้ความหมายของหลักนิติธรรม/นิติรัฐว่าหมายถึง “นิติธรรมวินัย” ได้แก่ “หลักการแห่งกฎหมายที่เทิดทูนศักดิ์แห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิและเสรีภาพแห่งมนุษยชนทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ่มครองมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิตหาราชย์ หากมีข้อพิพาทใดๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าจะรัฐกับเอกชนหรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลสถิตยุติธรรมเท่านั้นที่มีอำนาจอิสระและเด็ดขาดในการตัดสินข้อพิพาทนั้นตามกฎหมายของบ้านเมือง”⁵³

คณิต ฅ นคร ได้อธิบายหลักนิติธรรม โดยโยงเข้ากับบทบาทของอัยการและศาลว่าสององค์กรนี้ต่างก็มีหลักนิติธรรมด้วย โดยท่านกล่าวว่า “หลักนิติธรรมในส่วนของอัยการนั้น อัยการมีหน้าที่จะต้องดูแลความสงบเรียบร้อย ในขณะที่เดียวกันมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน สองส่วนนี้เราจะต้องทำให้ปรากฏ หลักนิติธรรมที่เกี่ยวกับศาล ศาลต้องกระตือรือร้นในการตรวจสอบค้นหาความจริงชั้นประทับฟ้องและชั้นพิจารณาคดี คิดว่าบทบาทของศาลจะต้องเน้นทั้งสองด้าน ถ้าไม่เกิดสองด้านแล้วยังไม่มีความไม่เป็นนิติรัฐในตัวเอง จะต้องประกันความบริสุทธิ์ของจำเลยได้”⁵⁴

อุกฤษ มงคลนาวิน สรุปหลักนิติธรรมว่าประกอบด้วยหลักการที่สำคัญดังนี้⁵⁵ การยึดหลักความเป็นอิสระของตุลาการ ประชาชนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันอย่างเสมอภาคและได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายอย่างทัดเทียมกัน มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การปกครอง โดยยึดหลักกฎหมายเป็นใหญ่และปฏิบัติตามกฎหมายในฐานะที่เป็นนิติรัฐ ทั้งนี้กฎหมายนั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่ยุติธรรม ศาลเป็นสถาบันที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน ฝ่ายบริหารต้องบริหารภายใต้ตบตบัญญัติแห่งกฎหมาย และต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย ส่งเสริมการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร อย่างบริสุทธิ์และยุติธรรม ปราศจากการแทรกแซงของฝ่ายบริหารหรือกลุ่มอิทธิพล เพื่อให้ได้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่แท้จริงของประชาชน ส่งเสริมและสนับสนุนความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย ส่งเสริมและคุ้มครองหลักแห่งการเคารพศักดิ์ศรีความเป็น

⁵² วิษณุ เครืองาม. (2555). การใช้หลักนิติธรรมในประเทศไทย. *วารสารสหวิทยาการวิจัยฉบับบัณฑิตศึกษา*, 1(1), หน้า 1.

⁵³ ธานินทร์ กรัยวิเชียร. (2552). *หลักนิติธรรม*. กรุงเทพฯ: บริษัทชวนพิมพ์ 50, หน้า 12.

⁵⁴ คณิต ฅ นคร. (2548). *นิติธรรมอำพรางในนิติศาสตร์ไทย*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, หน้า 33.

⁵⁵ อุกฤษ มงคลนาวิน. (2555). หลักนิติธรรมกับสภาพของสังคมประเทศไทย. บทสัมภาษณ์. *วารสารจุดนิติ*, หน้า 3.

มนุษย์ ส่งเสริมและพัฒนากฎหมายเพื่อสร้างความสงบสุขให้แก่ประชาชนและสังคมส่วนรวม และไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย

บวรศักดิ์ อูวรรณ โณ อธิบายว่า “องค์ประกอบของหลักนิติธรรมมีอยู่ 4 ประการคือ ประการแรก องค์ประกอบด้านสาระ หมายถึง หลักความเสมอภาคทางกฎหมาย ประการที่สอง องค์ประกอบด้านกระบวนการในการใช้กฎหมาย หมายถึง รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตที่กฎหมายให้ไว้ ตามวิธีการ รูปแบบ เวลา และสถานที่ ประการที่สาม องค์ประกอบด้านองค์กร หมายถึง การแบ่งแยกอำนาจและความเป็นอิสระของตุลาการ และ ประการที่สี่ องค์ประกอบด้านเป้าหมาย หมายถึง การใช้การตีความกฎหมายและการตัดสินคดีนั้นจะต้องมุ่งสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นโดยเที่ยงธรรม”⁵⁶

คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติและคณะอนุกรรมการบรรณาธิการหนังสือหลักนิติธรรม ในคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ ได้ให้ความหมายของ “หลักนิติธรรม” หมายถึง “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใดๆจะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งต่อหลักนิติธรรม โดยอาจจำแนกได้ 2 ประการ คือ⁵⁷ หลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างแคบ และหลักนิติธรรมโดยทั่วไป หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง

หลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างแคบ หมายถึง “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใดๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งต่อหลักนิติธรรม โดยหลักนิติธรรมหรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายนี้จะถูกถ่วงละเมิดมิได้ หากกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใดๆ ฝ่าฝืน ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ย่อมไม่มีผลใช้บังคับ” สาระสำคัญของหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด ได้แก่ หลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาและตุลาการ กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป กฎหมายต้องมีการประกาศใช้ให้ประชาชนทราบ กฎหมายอาญาต้องไม่มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษ ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาต้องมีสิทธิในการต่อสู้คดี เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจ กฎหมายจะยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่การกระทำที่ยังไม่เกิดขึ้นไม่ได้

ส่วนหลักนิติธรรมโดยทั่วไปหรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง ลักษณะที่ตีของกฎหมาย กระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใดๆ ที่อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าอุดมคติของ

⁵⁶ บวรศักดิ์ อูวรรณ โณ. (2559). *หลักนิติธรรม ประชาธิปไตย และธรรมาธิปไตย*. รายงานการอบรมหลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 4 วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 12.

⁵⁷ กำชัย จงจักรพันธ์. (2556). *หลักนิติธรรม The Rule of Law ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.lrct.go.th/?p=5716>. [2561, 2 พฤษภาคม].

กฎหมายและกระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใดๆ จะไม่มีลักษณะสาระสำคัญครบถ้วนของการเป็นกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมที่ดี หรือขาดตกบกพร่องไปบ้างก็ตาม กฎหมายกระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใดๆ ยังใช้บังคับอยู่ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด สาระสำคัญของหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง ได้แก่ กฎหมายที่ดีต้องมีความชัดเจน กฎหมายที่ดีต้องไม่ขัดแย้งกันเอง กฎหมายที่ดีต้องมีเหตุผล กฎหมายที่ดีต้องนำไปสู่ความเป็นธรรม กฎหมายที่ดีต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน สักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน กฎหมายที่ดีต้องทันสมัย และสามารถรับต่อความเปลี่ยนแปลงของสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรม กฎหมายที่ดีต้องบัญญัติตามกระบวนการและขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติไว้ กฎหมายที่ดีต้องไม่มีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายหรือกระทบต่อสิทธิหน้าที่ หรือความรับผิดชอบบุคคล กฎหมายที่ดีต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสมและได้สัดส่วนกับความผิด กฎหมายที่ดีต้องมีการบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ และส่งเสริมให้ประชาชนมีความรู้ และเคารพกฎหมาย กระบวนการนิติบัญญัติต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผย โปร่งใส และตรวจสอบได้ กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องเปิดโอกาสให้มีการอุทธรณ์ กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้าถึงได้โดยสะดวก ไม่ชักช้า ด้วยค่าใช้จ่ายที่เหมาะสม กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องส่งเสริมให้มีกระบวนการยุติธรรมทางเลือก นักกฎหมาย ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดีต้องมีความเป็นอิสระ และความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ นักกฎหมาย ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดีต้องซื่อสัตย์สุจริต ยึดหลักธรรม เมตตาธรรม และสันติธรรม

2.6 แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายอาญา

นักวิชาการด้านกฎหมายได้อธิบายความหมายของกฎหมายอาญาเอาไว้ดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร อธิบายว่า กฎหมายอาญาคือ “บรรดากฎหมายทั้งหลายที่มีการระบุถึงความผิดอาญา โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาอื่น และเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่นนั้น”⁵⁸

ขณะที่ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ อธิบายว่า กฎหมายอาญา เป็นกฎหมายมหาชนที่ว่าด้วยความผิดและโทษทางอาญา⁵⁹

⁵⁸ คณิต ฌ นคร. (2560). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 30.

⁵⁹ จิตติ ดิงศภัทย์. (2555). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 2.

ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายว่า กฎหมายอาญาได้แก่ กฎหมายที่บัญญัติถึงความผิดและโทษทางอาญา โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้ (1) การบัญญัติถึงความผิดนั้น หมายถึง การบัญญัติว่าการกระทำและการงดเว้นการกระทำอย่างใดเป็นความผิดอาญา (2) การบัญญัติโทษนั้นหมายความว่า เมื่อได้บัญญัติไว้ว่า เมื่อได้บัญญัติได้ว่าการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำอย่างใดเป็นความผิดแล้ว ก็ต้องบัญญัติโทษทางอาญา⁶⁰

2.6.1 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้กฎหมายอาญาต้องมีข้อจำกัด

เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีผลอันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล การใช้กฎหมายอาญาจึงต้องใช้อย่างจำกัด ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมและเหมาะสมกับสถานการณ์ต่างๆ โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้⁶¹

1) รัฐไม่สมควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้ผู้อื่นเชื่อฟังและหากฝ่าฝืนจะได้รับการลงโทษเพื่อแก้แค้นตอบแทน โดยไม่เกิดประโยชน์ต่อสังคมในเรื่องอื่นๆ ด้วย โดยแนวความคิดนี้ ซีซาร์ เบคคาเรีย เชื่อในเรื่องอรรถประโยชน์แห่งการลงโทษที่ว่า การป้องกันอาชญากรรมดีกว่าการลงโทษ ซึ่งควรเป็นเป้าหมายอุดมคติของการออกกฎหมายที่ดี

2) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาลงโทษความประพฤติที่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายหรือ ไม่มีพิษภัย โดยแนวความคิดนี้ เจอเรมมี เบนซัม เห็นว่ารัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาในกรณีผลร้ายซึ่งเกิดจากการลงโทษมีมากกว่าผลร้ายซึ่งเกิดจากความผิด โดยเมื่อนำผลที่ได้และผลเสียมาชั่งน้ำหนักแล้ว เห็นว่าการลงโทษตามกฎหมายอาญาเกิดประโยชน์น้อยกว่า⁶² แต่แนวคิดนี้มีจุดอ่อนเกี่ยวกับการกำหนดตัวชี้วัดในการกำหนดโทษให้ได้พอดีกับความผิด ต่อมาอเล็กเกอร์ได้เสนอแนะให้ปรับปรุงแนวคิดเสียใหม่ที่ว่า “กฎหมายอาญาไม่ควรบัญญัติห้ามการกระทำ ซึ่งจะก่อให้เกิดผลพลอยได้ (By Product) อันจะเป็นผลร้ายมากกว่าการทำที่กฎหมายอาญาต้องการที่จะจำกัด”⁶³ เช่น การบัญญัติกฎหมายห้ามการทำแท้งได้ก่อให้เกิดการรับจ้างรัดลูกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และมีกระทำโดยผู้มีไข้แพทย์อันเป็นอันตรายต่อชีวิตและสุขภาพของผู้หญิง

3) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์ในการบังคับให้บุคคลกระทำ เพื่อประโยชน์แก่ตนเองเท่านั้น โดยแนวคิดนี้ จอห์น สจิวต มิลล์ (John Stuart Mill) เห็นว่ารัฐไม่ควรจำกัดสิทธิโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้าการกระทำนั้นมีได้ก่อให้เกิดการใช้ความรุนแรงหรือเป็น

⁶⁰ หยุด แสงอุทัย. (2560). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 199.

⁶¹ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2556). *ทฤษฎีอาญา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 54.

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 56.

⁶³ ประธาน วัฒนวานิชย์. (2546). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาญาวิทยา*. กรุงเทพฯ: ปรกาศพริก. หน้า 358.

อันตรายต่อผู้อื่น โดยในสังคมที่เจริญแล้วการใช้กำลังอำนาจเหนือสมาชิกในสังคมของตนจะถือเป็นการถูกต้องก็ต่อเมื่อมีจุดประสงค์ที่จะป้องกันภัยอันตรายอันจะเกิดแก่บุคคลอื่นในสังคมนั้น ภัยอันตรายที่จะเกิดแก่ตนเอง โดยมีใช้บุคคลอื่นเป็นผู้ก่อให้เกิดไม่ว่าจะเป็นทางกายภาพหรือทางจริยธรรมแล้ว ย่อมไม่อาจถือเป็นข้ออ้างเพียงพอสำหรับการจำกัดเสรีภาพการกระทำของมนุษย์

2.6.2 คุณธรรมทางกฎหมาย

กฎหมายอาญาคือ บทบัญญัติที่กำหนดความผิดและโทษ โดยอาจสังเกตได้จากถ้อยคำในบทบัญญัติ หากมีคำว่า “ต้องระวางโทษ...” แสดงว่าส่วนหน้าของถ้อยคำดังกล่าวคือส่วนของบทบัญญัติที่กำหนดความผิด ในขณะที่ส่วนหลังของถ้อยคำดังกล่าวคือส่วนที่กำหนดบทลงโทษ ทว่า นอกเหนือจากถ้อยคำต่างๆ ตัวอักษรที่กฎหมายบัญญัติเอาไว้ ยังมีบางสิ่งซ่อนอยู่เบื้องหลัง สิ่งซึ่งไม่อาจมองเห็นได้ด้วยการอ่านธรรมดา หากแต่ต้องใช้นิติวิธีในการพิเคราะห์และสกัดออกมา สิ่งนี้เรียกว่า คุณธรรมทางกฎหมาย โดยคุณธรรมทางกฎหมายนี้ มีความหมายสำคัญถึงขั้นนักกฎหมายยกให้เป็นหัวใจของกฎหมายอาญา คุณธรรมกฎหมายอาญา แท้จริงแล้วคือประโยชน์ที่กฎหมายอาญามุ่งประสงค์จะคุ้มครอง โดยนักกฎหมายจะต้องพิเคราะห์จากตัวบทว่าแท้แล้ว กฎหมายอาญามาตรานั้นๆ มุ่งประสงค์จะคุ้มครองสิ่งใด เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาตามมาตรา 288 บัญญัติว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษ...” มาจากปทัสฐานที่ว่า เป็นการไม่สมควรที่จะฆ่ามนุษย์ เพราะชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งที่พึงหวงแหน ดังนั้น ประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองก็คือ ชีวิตมนุษย์ คุณธรรมทางกฎหมายของมาตรา 288 จึงเป็นชีวิตมนุษย์นั่นเอง

ดังนั้น เพื่อที่กฎหมายอาญาจะได้บรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองปทัสฐาน การพิเคราะห์ว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดฐานใด จึงจำเป็นจะต้องพิจารณาว่าผู้กระทำได้ทำลายคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนั้นหรือไม่ นอกจากคุณธรรมทางกฎหมายจะเป็นเครื่องประกันว่ากฎหมายอาญาจะคุ้มครองปทัสฐาน ตลอดจนเป็นสิ่งที่ต้องนำมาพิจารณาว่าผู้กระทำกระทำความผิดอาญาฐานใดหรือไม่แล้ว คุณธรรมทางกฎหมายยังมีความสำคัญในด้านอื่นๆ อีก เช่น เป็นเครื่องพิจารณาว่าคุณธรรมทางกฎหมายอย่างไรที่ผู้กระทำอาจป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ใช้ในการวินิจฉัยว่าผู้ใดเป็นผู้เสียหายในคดีอาญา ใช้ในการพิจารณาว่าสิ่งใดอาจให้ความยินยอมได้ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า คุณธรรมทางกฎหมายมีความสำคัญอย่างยิ่งจนอาจกล่าวได้ว่าคุณธรรมทางกฎหมายคือหัวใจของกฎหมายอาญาเป็นแน่แท้⁶⁴

ขณะเดียวกัน เกณฑ์ที่แน่ชัดได้ว่าการกระทำใดสมควรที่จะถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญาหรือไม่ ซึ่ง Professor Dr. h.c. mult. Claus Roxin ได้ให้ข้อคิดในกรณีดังกล่าวไว้ว่าเป็นเรื่อง

⁶⁴ วัลท์ วิเศษสุวรรณ. (2551). คุณธรรมทางกฎหมายกับการเป็นหัวใจของกฎหมายอาญา, *วารสารพี*, 1(2). หน้า

ของการคุ้มครองนิติสมบัติในวิถีทางสุดท้าย (subsidiärer Rechtsgüterschutz) หมายความว่า การให้ความคุ้มครองโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นแต่เพียงสิ่งที่ช่วยเข้ามาเสริม (fragmentarisch) กฎหมายอาญาจึงอยู่ในฐานะที่เป็น “วิถีทางสุดท้าย” (ultima ratio) และจะมีความชอบธรรมก็ต่อเมื่อวิธีการอื่นๆ ที่มีความรุนแรงน้อยกว่า เช่น มาตรการทางแพ่งหรือมาตรการทางปกครองเป็นมาตรการที่ไม่เพียงพอแก่การที่จะให้ความคุ้มครองแก่สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองอย่างได้ผล ทั้งนี้ เพราะมาตรการทางอาญาของรัฐเป็นสิ่งที่ล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่มีผลรุนแรงมากที่สุด ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงควรจะถูกนำมาใช้ก็ต่อเมื่อวิธีการอื่นๆ ที่มีความรุนแรงน้อยกว่าใช้ไม่ได้ผล หากรัฐใช้มาตรการบังคับทางอาญา ทั้งที่มาตรการอื่นๆ ยังคงสามารถที่จะคุ้มครองนิติสมบัติหรือ คุณธรรมทางกฎหมายได้ดีพอๆ กันหรือดีกว่าหรือมีความรุนแรงน้อยกว่าการใช้มาตรการบังคับทางกฎหมายอาญานั้น ย่อมเป็นการไม่เหมาะสมและถือเป็นการขัดต่อข้อห้ามของการเกินสัดส่วน (das Uebermassverbot) ซึ่งมีรากฐานแนวความคิดมาจากหลักนิติรัฐ (Rule of Law) หรือหลักนิติธรรมนั่นเอง⁶⁵

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูล การสื่อสารของประชาชนนั้น พบว่ามีการบัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารของประชาชนทั้งในกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยทั้งสองประเทศได้ยอมรับว่า บางคดีที่มีความสำคัญและมีความสลับซับซ้อน การจะแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการอื่นอาจกระทำได้ยาก อย่างไรก็ตาม ก็ได้ให้ความสำคัญกับสิทธิ ความเป็นส่วนตัว ซึ่งถือเป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่งซึ่งติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิด ดังนั้น ถึงแม้การแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อนำตัวบุคคลที่กระทำความผิดมาลงโทษจะมีความสำคัญแต่ก็ต้องคำนึงถึงสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลด้วย เนื่องจากการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารนั้น เจ้าหน้าที่มิได้เข้าถึงแต่เฉพาะข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเพียงประการเดียว แต่หากเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารอื่นๆ ด้วย ที่สำคัญข้อมูลดังกล่าวอาจมีส่วนเกี่ยวข้องกับบุคคลที่สามซึ่งมิได้เป็นผู้กระทำความผิดหรือเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดดังกล่าว ดังนั้น การเข้าถึงข้อมูล การสื่อสารดังกล่าวจะกระทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ และถึงแม้กฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ที่จะเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารของประชาชนก็ตาม แต่ก็ต้องทำได้เท่าที่จำเป็น ดังนั้น การล่วงละเมิดอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการใช้ดุลยพินิจในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารของประชาชนต้องถูกถ่วงดุลโดยศาล เพื่อให้การกระทำใดๆ ของเจ้าหน้าที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิ ความเป็นส่วนตัวของประชาชนน้อยที่สุด

⁶⁵ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2548). การกำหนดความผิดอาญา ตามกฎหมายเยอรมัน. *ข่าวเนติบัณฑิตยสภา*, 18 (192). หน้า 11-12.