

## บทที่ 2

### แนวคิด ทฤษฎี ประวัติความเป็นมาที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร

ในยุคประชาธิปไตย ข้อมูลข่าวสารเป็นสิ่งสำคัญในการดำรงอยู่ของระบอบประชาธิปไตย ซึ่งอำนาจอยู่ที่ประชาชนส่วนใหญ่ แต่ถ้าประชาชนขาดข้อมูลข่าวสารในการตัดสินใจแล้ว หรือรับฟังข้อมูลเพียงด้านเดียว ประชาชนจะมีอำนาจในการตัดสินใจได้อย่างไร โดยสิทธิของประชาชนในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของทางราชการเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในสังคมประชาธิปไตยที่สำคัญประการหนึ่ง การรับรองสิทธิของประชาชนในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารนั้น นอกจากจะเป็นการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานที่สอดคล้องกับการรับรองเสรีภาพในการพูด เขียน พิมพ์ โฆษณา และสื่อสารแล้ว การรับรองสิทธิของประชาชนในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร โดยเฉพาะข้อมูลข่าวสารของทางราชการ ยังถือเป็นการรับรองสิทธิของประชาชนในการที่จะตรวจสอบการดำเนินการของรัฐ (โดยเฉพาะในการดำเนินงานของรัฐบาลและระบบราชการประจำ) จะเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจหรือการบริหารงานในด้านต่างๆ ของรัฐอีกด้วย อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารดังกล่าว จะต้องมิทับัญญัติรับรองขอบเขตแห่งการใช้สิทธิไว้ด้วย เพื่อมิให้บุคคลอื่นต้องได้รับความเดือดร้อนเกินสมควร โดยจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและสิทธิส่วนบุคคล ทั้งนี้ ก็เพื่อให้เกิดความผาสุกของสังคมโดยรวม โดยศึกษาจากสื่อสารสนเทศและความหมายของข้อมูลข่าวสาร ได้ดังนี้

#### 2.1 สื่อสารสนเทศและความหมายของข้อมูลข่าวสาร

ถึงแม้ว่าคำว่า “สารสนเทศ” และ “ข้อมูล” มีการใช้สลับกันอยู่บ้าง แต่สองคำนี้มีข้อแตกต่างที่เด่นชัด คือ ข้อมูลเป็นกลุ่มของข้อความที่ไม่ได้จัดการรูปแบบ และไม่สามารถนำมาใช้งานได้ จนกว่าจะมีการจัดระเบียบและดึงออกมาใช้ในรูปแบบสารสนเทศ การแสดงผลลัพธ์ อุปกรณ์ที่ใช้เทคโนโลยีในการแสดงผลลัพธ์มีมาก สามารถแสดงเป็นตัวหนังสือ เป็นรูปภาพ ตลอดจนพิมพ์ออกมาที่กระดาษ การแสดงผลลัพธ์มีทั้งที่แสดงเป็นภาพ เป็นเสียง เป็นวีดิทัศน์ เป็นต้น และสามารถเก็บรักษาได้ยาวนาน โดยอาจศึกษาจากความหมายของข้อมูลข่าวสารได้ ดังนี้

### 2.1.1 ความหมายของสื่อสารสนเทศ (Information)

สื่อสารสนเทศ (Information) เป็นผลลัพธ์ของการประมวลผล การจัดดำเนินการ และการเข้าประเภทข้อมูลโดยการรวมความรู้เข้าไปต่อผู้รับสารสนเทศนั้น สารสนเทศมีความหมายหรือแนวคิดที่กว้าง และหลากหลาย ตั้งแต่การใช้คำว่าสารสนเทศในชีวิตประจำวัน จนถึงความหมายเชิงเทคนิค ตามปกติในภาษาพูด<sup>1</sup> แนวคิดของสารสนเทศใกล้เคียงกับความหมายของการสื่อสาร เงื่อนไข การควบคุม ข้อมูล รูปแบบ คำสั่งปฏิบัติการ ความรู้ ความหมาย สื่อความคิด การรับรู้ และการแทนความหมาย โดยปัจจุบันผู้คนพูดเกี่ยวกับยุคสารสนเทศว่าเป็นยุคที่นำไปสู่ยุคแห่งองค์ความรู้ หรือปัญญา นำไปสู่สังคมอุดมปัญญา หรือสังคมแห่งสารสนเทศ และ เทคโนโลยีสารสนเทศ แม้ว่าเมื่อพูดถึงสารสนเทศ เป็นคำที่เกี่ยวข้องในศาสตร์สองสาขา คือ วิทยาการสารสนเทศ และวิทยาการคอมพิวเตอร์ ซึ่งคำว่า “สารสนเทศ” ก็ถูกใช้บ่อยในความหมายที่หลากหลายและกว้างขวางออกไป และมีการนำไปใช้ในส่วนหนึ่งของ เทคโนโลยีสารสนเทศ และ การประมวลผลสารสนเทศ สิ่งที่ได้จากการนำข้อมูลที่เก็บรวบรวมไว้มาประมวลผล เพื่อนำมาใช้ประโยชน์ตามจุดประสงค์ สารสนเทศ จึงหมายถึง ข้อมูลที่ผ่านการเลือกสรรให้เหมาะสมกับการใช้งานให้ทันเวลา และอยู่ในรูปที่ใช้ได้ สารสนเทศที่ดีต้องมาจากข้อมูลที่ดี การจัดเก็บข้อมูลและสารสนเทศจะต้องมีการควบคุมดูแลเป็นอย่างดี เช่น อาจจะมีการกำหนดให้ผู้ใดบ้างเป็นผู้มีสิทธิใช้ข้อมูลได้ ข้อมูลที่เป็นความลับจะต้องมีระบบขั้นตอนการควบคุม กำหนดสิทธิในการแก้ไขหรือการกระทำกับข้อมูลว่าจะกระทำได้ โดยใครบ้าง นอกจากนี้ ข้อมูลที่เก็บไว้แล้วต้องไม่เกิดการสูญหายหรือถูกทำลายโดยไม่ได้ตั้งใจ การจัดเก็บข้อมูลที่ดี จะต้องมีการกำหนดรูปแบบของข้อมูลให้มีลักษณะง่ายต่อการจัดเก็บ และมีรูปแบบเดียวกัน ข้อมูลแต่ละชุดควรมีความหมายและมีความเป็นอิสระในตัวเอง นอกจากนี้ไม่ควรมีการเก็บข้อมูลซ้ำซ้อนเพราะจะเป็นการสิ้นเปลืองเนื้อที่เก็บข้อมูล

### 2.1.2 ความหมายของข้อมูลข่าวสาร

“ข้อมูลข่าวสาร” หมายความว่า สิ่งที่สื่อความหมายให้รู้เรื่องราวข้อเท็จจริง ข้อมูลหรือสิ่งใดๆ ไม่ว่าจะการสื่อ ความหมายนั้น จะทำได้โดยสภาพของสิ่งนั่นเอง หรือ โดยผ่านวิธีการใดๆ และ ไม่ว่าจะได้จัดทำไว้ในรูปของเอกสาร แฟ้ม รายงาน หนังสือ แผ่นผัง แผนที่ ภาพวาด ภาพถ่าย ฟิล์ม การบันทึกภาพหรือเสียง การบันทึกด้วยเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือ วิธีอื่นใดที่ทำให้สิ่งที่บันทึกไว้ปรากฏได้<sup>2</sup>

<sup>1</sup> กลุ่มบริหารยุทธศาสตร์และการวิจัย. (2555). *สรุปพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารราชการ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://hpc12.anamai.moph.go.th=267>. [2555, เมษายน 1].

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540. ข้อมูลข่าวสารของราชการ บทนิยามศัพท์ มาตรา 4.

“ข้อมูลข่าวสารของราชการ” หมายความว่า ข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วย งานรัฐ ไม่ว่าจะเป็ นข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐหรือข้อมูล ข่าวสารเกี่ยวกับเอกชน<sup>3</sup>

“ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล” หมายความว่า ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล เช่น การศึกษา ฐานะ การเงิน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรม หรือ ประวัติการทำงาน บรรดาที่ มีชื่อเสียงผู้นั้นหรือมีเลขหมาย รหัส หรือ สิ่ง บกกลักษณะอื่นที่ทำให้รู้ตัวผู้นั้นได้ เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ แผ่นบันทึกลักษณะเสียงของคนหรือรูปถ่าย และ ให้หมายความรวม ถึงข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับ สิ่งเฉพาะตัวของผู้ที่ถึงแก่กรรมแล้วด้วย<sup>4</sup>

### 2.1.3 สารระสำคัญของการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร

1) หน่วยงานของรัฐต้องจัดให้มีข้อมูลข่าวสารของราชการไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจสอบได้ เช่น ผลการพิจารณา หรือคำวินิจฉัยที่มีผลโดยตรงต่อ นโยบายหรือตีความที่ไม่เข้าข่ายต้องลงพิมพ์ ในราชกิจจานุเบกษา แผนงาน โครงการ และ งบประมาณรายจ่ายประจำปีของปีที่กำลังดำเนินการ คู่่มือหรือคำสั่งเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งมีผลกระทบ ถึงสิทธิหน้าที่ โครงสร้าง และการจัดองค์กร หน้าที่และวิธีดำเนินการ กฎข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน สัญญาสัมปทาน สัญญาที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอน หรือ สัญญาร่วมทุนกับเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ มติคณะรัฐมนตรีหรือมติคณะกรรมการที่แต่งตั้ง โดยกฎหมาย หรือ โดยมติคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ ให้ระบุรายชื่อรายงานทางวิชาการ รายงานข้อเท็จจริง

2) ข้อมูลข่าวสารที่จัดให้ประชาชนเข้าตรวจสอบได้ ถ้ามีส่วนที่ต้องห้ามมิให้เปิดเผยอยู่ด้วย ให้ลบหรือตัดทอนหรือ ทำโดยประการอื่นใดที่ไม่เป็นการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้น

3) บุคคลไม่ว่าจะมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องหรือไม่ก็ตาม ย่อมมีสิทธิเข้าตรวจสอบ ขอสำเนา หรือขอสำเนาที่มีคำรับรอง ถูกต้องของข้อมูลข่าวสารได้ ในกรณีที่สมควรหน่วยงานของรัฐ โดย ความเห็นชอบของคณะกรรมการ จะวางหลักเกณฑ์เรียก ค่าธรรมเนียมในการนั้นก็ ได้

โดยข้อมูลข่าวสารที่ไม่ต้องเปิดเผย สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

1) ข้อมูลข่าวสารของราชการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์

2) ข้อมูลข่าวสารของราชการที่มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) การเปิดเผยจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศ ความสัมพันธ์ ระหว่างประเทศ และความมั่นคงในทางเศรษฐกิจหรือการคลังของประเทศ

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540. ข้อมูลข่าวสารของราชการ บทนิยามศัพท์ มาตรา 4.

<sup>4</sup> พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540. ข้อมูลข่าวสารของราชการ บทนิยามศัพท์ มาตรา 4.

(2) การเปิดเผยจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเสื่อมประสิทธิภาพ หรือไม่อาจสำเร็จตามวัตถุประสงค์ได้ ไม่ว่าจะเกี่ยวกับการฟ้องคดี การป้องกัน การปราบปราม การทดสอบ การตรวจสอบ หรือการรู้แหล่งที่มาของข้อมูลข่าวสาร หรือไม่ก็ตาม

(3) ความเห็นหรือคำแนะนำภายในหน่วยงานของรัฐในการดำเนินการเรื่องใด แต่ไม่รวมถึงรายงานทางวิชา การ รายงานข้อเท็จจริง หรือข้อมูลข่าวสารที่นำมาใช้ในการทำความเข้าใจหรือคำแนะนำภายใน

(4) การเปิดเผยจะก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือความปลอดภัยของบุคคลใด

(5) รายงานแพทย์หรือข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งการเปิดเผยจะเป็นการรุกรานสิทธิส่วนบุคคล

(6) ข้อมูลข่าวสารของราชการที่มีกฎหมายคุ้มครองมิให้เปิดเผย หรือข้อมูลข่าวสารที่มีผู้ให้มา โดยไม่ประสงค์ให้ทางราชการนำไปเปิดเผยต่อผู้อื่น

(7) กรณีอื่นตามที่กำหนดให้พระราชกฤษฎีกา

3) คำสั่งไม่ให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ แต่ต้องระบุไว้ด้วยว่า ที่เปิดเผย ไม่ได้เพราะเป็นข้อมูลข่าวสารประเภทใดและเพราะเหตุใด และ ให้ถือว่าการมีคำสั่งเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการเป็น ดุลยพินิจ โดยเฉพาะของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามลำดับสายการบังคับบัญชา แต่อาจอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้

#### 2.1.4 การปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดระบบข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล<sup>5</sup>

1) พยายามเก็บข้อมูลข่าวสารโดยตรงจากเจ้าของข้อมูล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่จะกระทบถึงประโยชน์ได้ เสียโดยตรงของบุคคลนั้น

2) จัดให้มีการพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา และ ตรวจสอบแก้ไขให้ถูกต้องอยู่เสมอ เกี่ยวกับประเภทของบุคคลที่มี การเก็บข้อมูลไว้ ประเภทของระบบข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล

3) ระบุนลักษณะการใช้ข้อมูลตามปกติ วิธีการขอตรวจดูข้อมูลข่าวสารของเจ้าของข้อมูล วิธีการขอให้แก้ไข เปลี่ยนแปลงข้อมูล แหล่งที่มาของข้อมูล ตรวจสอบแก้ไขข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลในความรับผิดชอบให้ถูกต้องอยู่เสมอ จัดระบบรักษาความปลอดภัยให้แก่ระบบข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล เพื่อป้องกันมิให้มีการนำไปใช้โดยไม่เหมาะสม หรือ เป็นผล ร้ายต่อเจ้าของข้อมูล

4) ในกรณีที่เก็บข้อมูลข่าวสารโดยตรงจากเจ้าของข้อมูล หน่วยงานของรัฐต้องแจ้งให้เจ้าของข้อมูลทราบล่วงหน้าพร้อมกับการแจ้งให้ทราบถึงวัตถุประสงค์ที่จะนำข้อมูลมาใช้ลักษณะ

<sup>5</sup> กลุ่มบริหารยุทธศาสตร์และการวิจัย. (2555). *สรุปพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารราชการ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://hpc12.anamai.moph.go.th=267>. [2555, เมษายน 1].

การใช้ข้อมูล การที่ขอข้อมูลนั้นเป็นกรณีที่อาจให้ข้อมูล โดยความสมัครใจหรือเป็นกรณีมีกฎหมายบังคับ

5) หน่วยงานของรัฐจะเปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่อยู่ในความควบคุมดูแลของตน ต่อหน่วยงานของรัฐแห่งอื่นหรือผู้อื่น โดยต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากเจ้าของข้อมูล เว้นแต่เป็นการเปิดเผยดังต่อไปนี้

(1) เปิดเผยต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานของตน เพื่อการนำการไปใช้ตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้น

(2) เป็นการให้ข้อมูลตามปกติภายในวัตถุประสงค์ของการจัดให้มีระบบข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลนั้น

(3) เปิดเผยต่อหน่วยงานของรัฐที่ทำงานด้วยการวางแผน หรือ การทำสถิติ หรือ สำมะโนต่างๆ ซึ่งมีหน้าที่ต้อง รักษาข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลไว้ไม่ให้เปิดเผยต่อไปยังผู้อื่น

(4) เป็นการให้ประโยชน์ในการศึกษาวิจัย โดยไม่ระบุชื่อ หรือ ส่วนที่ทำให้รู้ว่าเป็นข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับบุคคลใด

(5) เปิดเผยต่อหอจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐเพื่อการตรวจสอบคุณค่าใน การเก็บรักษา

(6) เปิดเผยต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อการป้องกันการฝ่าฝืน หรือ ไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย การสืบสวน การสอบสวน หรือ การฟ้องคดี ไม่ว่าเป็นคดีประเภทใดก็ตาม

(7) เป็นการให้ซึ่งจำเป็น เพื่อการป้องกันหรือระงับอันตรายต่อชีวิตหรือสุขภาพของบุคคล

(8) เปิดเผยต่อศาล หรือหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะขอข้อเท็จจริงดังกล่าว

(9) กรณีอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

6) บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะได้รู้ถึงข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตน เมื่อบุคคลนั้นมีคำขอเป็นหนังสือ หน่วยงาน ของรัฐที่ควบคุมดูแลข้อมูลข่าวสารนั้น จะต้องให้บุคคลนั้น หรือ ผู้กระทำการแทนบุคคลนั้น ได้ตรวจสอบ หรือ ได้รับสำเนาข้อมูล ข่าวสารส่วนบุคคลส่วนที่เกี่ยวกับบุคคลนั้น การเปิดเผยรายงานการแพทย์เกี่ยวกับบุคคลใด ถ้ากรณีมีเหตุผลอันควรเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะเปิดเผยต่อเฉพาะแพทย์ที่บุคคลนั้นมอบหมายก็ได้ รวมทั้งถ้ามีส่วนใดไม่ถูกต้องตามที่แท้จริงให้มีสิทธิยื่นคำขอเป็นหนังสือให้หน่วยงานของรัฐที่ควบคุมดูแลข้อมูลข่าวสารแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือลบข้อมูลข่าวสารส่วนนั้นได้

### 2.1.5 ข้อมูลข่าวสารกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล

สำหรับข้อมูลข่าวสารกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล ได้มีการร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล หรือ สารสนเทศที่เป็นส่วนตัวของบุคคลนั้น ซึ่งได้แก่ ประวัติการเจ็บป่วยทางการแพทย์ ข้อมูลทางการเงิน เงินเดือน ประวัติการเรียน และผลการเรียน ประวัติอาชญากรรม สถานภาพการสมรส ปัญหาในครอบครัว และการประเมินผลการทำงาน สารสนเทศที่เกี่ยวข้องกับสิ่งที่กล่าวมาแล้วเป็นสิทธิส่วนบุคคลซึ่งบุคคลอาจจะไม่ต้องการเปิดเผยให้ใครทราบ และอาจจะรวมถึงที่อยู่ ชื่อบิดา-มารดา ชื่อสามี-ภรรยาหรือบุตร

ในปัจจุบันคนเริ่มสนใจกับสิ่งที่หน่วยงานไม่ว่า จะเป็นของรัฐหรือเอกชนเก็บไว้เป็นข้อมูล และ ผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถที่จะเรียกข้อมูลเหล่านี้ออกมาดูได้ เนื่องจากมีระบบ งานที่เป็นเครือข่ายติดต่อกัน จากทะเบียนรถก็สามารถได้ข้อมูลของเจ้าของรถ ซึ่งได้แก่ที่อยู่ เพศ ความสูง น้ำหนัก วันเดือนปีเกิด และ เลขประจำตัวประชาชน และ จากจุดนี้ก็จะนำไปสู่ข้อมูลการเสียภาษี ที่ทำงาน ตำแหน่งและเงินเดือน และอาจจะ นำไปสู่ข้อมูลบ้าน ราคาบ้าน การกู้ยืม และ อาจจะรวมถึงบุตร ญาติ ข้อมูลเหล่านี้ไม่มีการรับประกันว่าจะไม่มีการรั่วไหลถึงแม้ว่าจะมีการรักษาความปลอดภัยของระบบคอมพิวเตอร์ไว้แล้วก็ตาม

จากการที่มีการใช้ข้อมูลและสารสนเทศ ทั้งในหน่วยงานของรัฐและเอกชน เพื่อการควบคุมและตรวจสอบมากขึ้น จึงได้มีการเรียกร้องให้มีกฎหมายเพื่อการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล กฎหมายนี้ไม่เพียงแต่เพื่อการคุ้มครองสิทธิของการใช้ข้อมูล แต่รวมถึงการคุ้มครองความผิดพลาดของข้อมูล ระยะเวลาของการเก็บและแก้ไขปรับปรุงข้อมูล รวมทั้งการแปลความผิดพลาด ซึ่งสิ่งเหล่านี้ทำให้บุคคลหรือเจ้าของข้อมูล เกิดความเสียหายได้ ได้มีการเคลื่อนไหวทางด้านนี้มากในประเทศสหรัฐอเมริกา และ ออกมาเป็นพระราชบัญญัติสิทธิส่วนบุคคล (Privacy Act) ในปี ค.ศ. 1974 ในขณะที่ประเทศอื่น อาทิ เบลเยียม สวีเดน นอร์เวย์ เดนมาร์ก เยอรมันตะวันตก ฝรั่งเศส ออสเตรเลีย ไอร์แลนด์ ลักเซมเบิร์ก ฮังการี อิสราเอลและสหราชอาณาจักรได้จัดทำเป็นกฎหมาย และได้ดำเนินการ เคลื่อนไหวในองค์กรร่วมยุโรป อันเป็นผลให้มีการจัดทำข้อตกลงร่วมกัน ได้ร้องขอให้รัฐสมาชิกของกลุ่มประชาคมยุโรปให้ ลงนาม และ ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาฉบับนี้ก่อนสิ้นปี ค.ศ. 1982 และ เสนอแนะด้วยว่าเป็นสิ่งที่พึงต้องกระทำ

## 2.2 หลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย

ประชาธิปไตยเป็นระบอบการปกครองแบบหนึ่ง ซึ่งอำนาจรัฐมาจากเสียงข้างมากของพลเมืองผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย โดยพลเมืองอาจใช้อำนาจของตนโดยตรงหรือผ่านผู้แทนที่ตนเลือกไปใช้อำนาจแทนก็ได้ ประชาธิปไตยยังเป็นอุดมคติที่ว่าพลเมืองทุกคนในชาติร่วมกัน

พิจารณากฎหมายและการปฏิบัติของรัฐ และกำหนดให้พลเมืองทุกคนมีโอกาสเท่าเทียมกันในการแสดงความคิดเห็นและเจตนาของตน ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องเข้าใจความหมายที่แท้จริงของการปกครองระบอบประชาธิปไตย

### 2.2.1 ความหมายของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

คำว่า “ประชาธิปไตย” (Democracy) มีรากศัพท์มาจากภาษากรีก 2 คำ คือ Demos (Demoskratia) แปลว่า พลเมือง ประชาชน และ Kratos แปลว่า การปกครอง รัฐบาล อำนาจปกครอง (Rule) จากรากศัพท์ดังกล่าวจะเห็นได้ว่าประชาธิปไตยเป็นการปกครองที่อำนาจสูงสุดของรัฐเป็นของประชาชน หรือเป็นการปกครองโดยประชาชนในอีกความหมายหนึ่ง คำว่า “ประชาธิปไตย” ประกอบด้วยคำว่า “ประชา” หมายถึง หมู่คน หรือปวงชน กับคำว่า “ธิปไตย” หมายถึงความเป็นใหญ่ ดังนั้น “ประชาธิปไตย” จึงหมายถึง “ความเป็นใหญ่ของปวงชน” อดีตประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา นายอับราฮัม ลินคอล์น (Abraham Lincoln) ได้กล่าวสุนทรพจน์ไว้ว่า “ประชาธิปไตย คือ การปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน”

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า การที่รัฐบาลใดจะได้รับการยอมรับว่าเป็นประชาธิปไตยจะต้องมีลักษณะครบทั้ง 3 ประการ คือ

รัฐบาลของประชาชน หมายถึง รัฐบาลจะต้องมาจากการเลือกตั้งของประชาชน และประชาชนสามารถเปลี่ยนแปลงผู้ปกครองได้ด้วยการไปลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง นั่นคือ ประชาชนอยู่ในฐานะเป็นเจ้าของรัฐบาลซึ่งบ่งชี้ถึงมติของการปกครองในด้านความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย

รัฐบาลโดยประชาชน หมายถึง ประชาชนหรือพลเมืองทุกคนมีสิทธิที่จะเป็นผู้ปกครองได้ ถ้าหากได้รับเสียงสนับสนุนจากประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ

รัฐบาลเพื่อประชาชน หมายถึง รัฐบาลจะต้องมีจุดประสงค์เพื่อความผาสุกของประชาชน และจะต้องมีการกำหนดวาระในการดำรงตำแหน่ง ทุก 4 ปี เพื่อจะได้เป็นหลักประกันว่าผู้ปกครองจะต้องปกครองเพื่อประชาชน หากผันแปรจากจุดหมายนี้ประชาชนจะได้มีโอกาสเปลี่ยนผู้ปกครองผ่านทาง การเลือกตั้ง

ราชบัณฑิตยสถานได้ให้ความหมายของคำว่า “ประชาธิปไตย” ไว้ในหนังสือพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2525<sup>6</sup> ว่า “แบบการปกครองที่ถือมติปวงชนเป็นใหญ่” ซึ่งเราอาจพึงเข้าใจได้ว่า การที่ทุกคนรวมกันเป็นปวงชนนั้นต้องมีสิทธิและหน้าที่ตามธรรมชาติ คือ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาค โดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เพื่อนมนุษย์อื่นและหมู่คนอื่นหรือปวงชนเป็นส่วนรวม

<sup>6</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2525. (2530). พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน.

ส่วนนักปราชญ์และนักคิดผู้มีชื่อเสียงในอดีตได้มีทัศนะหรือมีความเข้าใจในสิ่งที่เรียกว่า “ประชาธิปไตย” ดังนี้

อริสโตเติล (Aristotle) นักปราชญ์ชาวกรีก ได้กล่าวว่า “ในระบบประชาธิปไตยนั้น อำนาจสูงสุดในมือของประชาชนทั้งหมด” ก็ยอมเข้าใจได้ว่า การที่อริสโตเติลกล่าวเช่นนี้ไม่ใช่เพื่อยกย่องหรือสนับสนุนการปกครองแบบนี้ หากแต่ชี้ให้เห็นว่าหัวใจการปกครองดังกล่าวอยู่ที่อำนาจอันเป็นของมวลชนโดยทั่วไป ซึ่งอริสโตเติลเชื่อว่าเป็นระบบการปกครองที่ปลอดภัยที่สุด แม้จะไม่ใช่เป็นแบบที่ดีที่สุด และความคิดดังกล่าวได้สอดคล้องกับทัศนะของลอร์ด ไบรซ์ (Lord Bryce) ซึ่งกล่าวว่า “ประชาธิปไตย คือ การปกครองซึ่งเจตจำนงของบุคคลที่เป็นเสียงส่วนใหญ่ มีอำนาจสูงสุด เสียงส่วนใหญ่นี้ประกอบด้วยบุคคลที่เหมาะสมรวมกันมีจำนวนอย่างน้อยสามในสี่ของทั้งหมด ซึ่งจะทำให้พลังของมวลชนเหล่านั้นได้ส่วนศักดิ์กับคะแนนเสียงของเขา”<sup>7</sup> ในที่นี้จะเห็นได้ว่า “มวลชนโดยทั้งหมด” นั้น ความจริงแล้วก็คือ เสียงส่วนใหญ่ เพราะการที่จะให้ทุกคนมามีทัศนะตรงกันในเรื่องการใช้อำนาจ หรือแนวนโยบายการปกครองนั้นคงเป็นไปได้ ความคิดทั้งสองท่านจึงคล้ายกับสิ่งที่ประธานาธิบดีลินคอล์น เรียกว่า “รัฐบาลของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน” แต่ประชาชนในที่นี้ คือ เสียงส่วนใหญ่ของประชาชน ไม่ใช่คนทุกๆ คน”<sup>8</sup> ในทำนองที่คล้ายคลึงกันนี้ เอ.ดี.ลินดี (A.D. Lindsay) ได้ให้ความเห็นว่า “ประชาธิปไตยตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่า มนุษย์สามารถตกลงทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดร่วมกันได้ และในขณะที่เดียวกัน แต่ละคนก็ยังสามารถมีวิถีชีวิตของตัวเองได้ ประชาธิปไตยเชื่อว่าถ้าเคารพนับถือบุคลิกภาพของกันและกันมากพอ เราจะสามารถหากฎเกณฑ์ของระบบสิทธิและเสรีภาพซึ่งจะทำให้เราแต่ละคนบรรลุถึงซึ่งชีวิตอันเสรีได้ และวิธีการที่ดีที่สุดเพื่อให้ได้มาซึ่งจุดหมายปลายทางนี้ ก็คือการปรึกษาถกเถียงกัน”<sup>9</sup> คำว่า “ประชาธิปไตย” จึงอาจจะแยกความหมายออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ

#### 1) ประชาธิปไตยในความหมายที่แคบ

ในความหมายแรกนี้ จะถือว่าประชาธิปไตยเป็นเพียงระบบการเมือง (Political System) หรือรูปของการปกครอง (Form of Government) ดังเช่น เมื่อก้าวถึงประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา มีระบบการเมืองและการปกครองเป็นแบบประชาธิปไตยก็จะทำให้คำนึงถึงรัฐสภา รัฐธรรมนูญ หรือการเลือกตั้ง ซึ่งความจริงแล้วองค์ประกอบดังกล่าวไม่ได้แสดงถึงการมีระบบการเมืองแบบประชาธิปไตยแต่อย่างใด แม้แต่สิ่งที่ถือกันว่าเป็นบรรทัดฐานของระบบการปกครอง

<sup>7</sup> กมล สมวิเชียร. (2516). *ประชาธิปไตยกับสังคมไทย*. กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด. หน้า 4-22.

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 4-22.

<sup>9</sup> กมล สมวิเชียร. อ้างแล้ว. หน้า 4-22.



แบบประชาธิปไตย เช่น การมีเสรีภาพในการคิด เขียน พิมพ์ และโฆษณา การได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายโดยไม่มี การเลือกปฏิบัติ หรือการมีเสรีภาพในถิ่นที่อยู่ และในร่างกาย เป็นต้น ความจริงแล้ว เสรีภาพดังกล่าวนี้เป็นผลของหลักการประชาธิปไตยที่มองไม่เห็นหรือเป็นนามธรรม โดยหลักเกณฑ์ใหญ่ๆ ของการปกครองแบบประชาธิปไตยมีดังนี้<sup>10</sup>

(1) หลักที่ว่าผู้ปกครองจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ใต้ปกครอง

หลักนี้ถือตามทัศนะของอริสโตเติล หรือลินคอล์น ที่ว่าประชาชนเป็นที่มาหรือเจ้าของอำนาจในการปกครอง ผู้ปกครองเป็นเพียงตัวแทนของประชาชนที่ทำหน้าที่บริหารประเทศแทนตนเท่านั้น นอกจากความเชื่อที่ว่าอำนาจเป็นของปวงชนแล้ว หลักเกณฑ์ข้อนี้ยังมาจากความเชื่อของนักคิด นักทฤษฎีประชาธิปไตยที่ว่ามนุษย์นั้นมี “เจตนาธรรมอันเป็นอิสระ” (Free Will) มนุษย์จะใช้ความเป็นเสรีชนของตนนั้นเลือกบุคคล นโยบาย วิธีการในการปกครอง ซึ่งเท่ากับว่าแต่ละคนปกครองตนเองนั่นเอง การใช้เจตนาธรรมอันเป็นเสรีของมนุษย์นี้แต่ละคนจะมีสิทธิโดยบริบูรณ์ โดยแต่ละคน จะมี 1 เสียง จึงมีความเท่าเทียมกันในการใช้สิทธินี้ ในทางปฏิบัติวิธีการของการให้ความยินยอมของปวงชนแสดงออกโดยการเลือกตั้ง ซึ่งอาจจะเป็นการเลือกประมุขฝ่ายบริหารไปทำหน้าที่ฝ่ายบริหาร โดยตรง อย่างเช่น การเลือกตั้งประธานาธิบดีของอเมริกา หรือจะเลือกตัวแทนราษฎรฝ่ายนิติบัญญัติเข้าไปก่อน แล้วให้ตัวแทนที่มาจากพรรคการเมืองที่มีชื่อเสียงข้างมากในสภาจัดตั้งฝ่ายบริหารแบบอังกฤษก็ได้ ซึ่งอาจจะเรียกได้ว่าเป็นการเลือกตั้งแบบทางอ้อม นอกจากวิธีการให้ความยินยอมแบบดังกล่าวแล้ว ผู้ใต้ปกครองยังอาจให้ความยินยอมผู้ปกครองโดยวิธีต่างๆ ได้อีก ตัวอย่างเช่น วิธีการลงประชามติแบบครั้งคราว โดยการลงคะแนนเสียงว่าเห็นด้วยกับผู้ปกครอง หรือนโยบายของผู้ปกครองในขณะนั้นหรือไม่ ถ้าเห็นด้วยก็แสดงว่าผู้ปกครองได้รับความยินยอมจากผู้ใต้ปกครองแล้ว และระบบการปกครองรวมทั้งการกระทำของผู้ปกครองได้รับการยอมรับว่ามีความชอบธรรมแล้ว ผู้ปกครองที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งไม่ว่าจะเป็นแบบตรงหรือแบบอ้อม และไม่ได้รับประชามติยอมรับจากประชาชน แม้จะมีความชอบด้วยกฎหมายโดยเหตุที่มีอำนาจก็ตาม แต่ในทัศนะของนักประชาธิปไตยถือว่าไม่ได้รับความชอบธรรมจากผู้ใต้ปกครอง หรือเรียกว่าปราศจาก “อาณัติให้ปกครอง” จากปวงชน<sup>11</sup>

(2) หลักที่ว่าผู้ใต้ปกครองจะต้องมีสิทธิเปลี่ยนตัวผู้ปกครองได้เป็นครั้งคราว

หลักนี้เป็นการยืนยันอำนาจของปวงชนในข้อแรก กล่าวคือ ในการที่จะพิสูจน์ให้เห็นอย่างชัดเจนว่าผู้ปกครองเป็นเพียงตัวแทนที่ใช้อำนาจแทนปวงชนไม่ใช่เป็นตัวของอำนาจนั้น

<sup>10</sup> อัญชลี พูลเต็ม. (2553). *หลักประชาธิปไตยตัวแทนกับทางปฏิบัติในกรณีประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีของรัฐบาลพันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร*. วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 13-16.

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 20-22.

จะต้องมีกฎเกณฑ์วางไว้ว่า การเป็นตัวแทนหรือเป็นรัฐบาลนั้นเป็นฐานะที่มีอยู่ได้เพียง “ชั่วคราว” เท่านั้น กล่าวคือ ต้องมีบทบัญญัติ ในรัฐธรรมนูญอย่างแน่ชัดว่า การอยู่ในตำแหน่งของผู้ปกครองนั้น จะกำหนดวาระละกี่ปี ซึ่งส่วนมากจะนิยมระยะเวลา 3-5 ปี เมื่อหมดวาระดังกล่าวแล้ว ผู้ปกครองจะต้องมาเสนอตัวให้ผู้ได้ปกครองซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจได้พิจารณาอีกครั้งหนึ่งว่าสมควรให้ดำรงตำแหน่งไปอีกชั่วระยะเวลาหนึ่งหรือไม่ หากผู้ได้ปกครองไม่ยินยอม ผู้ปกครองคนนั้นหรือชุดนั้นก็จะต้องออกจากตำแหน่งไป วิธีการนี้นอกจากจะเป็นการแสดงออกซึ่งอำนาจที่มีโดยไม่สิ้นสุดของปวงชนแล้ว ยังเป็นการแสดงให้เห็นถึงอำนาจอันสิ้นสุดของผู้ปกครองอีกด้วยและเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนได้ตรวจสอบผลงาน ความสามารถของผู้ปกครองเป็นครั้งคราวด้วย ยิ่งไปกว่านั้นแทบทุกประเทศจะต้องมีบทบัญญัติที่ว่า ผู้ปกครองจะอยู่ในตำแหน่งได้ไม่เกินกี่วาระ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกายอมให้ประธานาธิบดีอยู่ในตำแหน่งได้เพียงสองรอบการเลือกตั้งเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อป้องกันไม่ให้มีการผูกขาดอำนาจโดยผู้ปกครองที่เป็นที่นิยม และเป็นการเปิดโอกาสให้คนที่มีความสามารถกลุ่มอื่นได้เข้ามารับใช้ปวงชนด้วย จึงเป็นความจำเป็นของการปกครองแบบประชาธิปไตย<sup>12</sup>

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวเห็นได้ว่าการปกครองระบอบประชาธิปไตยตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเชื่อสองประการ คือ

ประการแรก ประชาธิปไตยเป็นทฤษฎีที่เชื่อในความสามารถและสติปัญญาของมนุษย์ว่าจะสามารถใช้เหตุผลตัดสินใจเลือกผู้นำได้ถูกต้อง

ประการที่สอง ในขณะเดียวกันนั้นการปกครองระบอบประชาธิปไตยก็ตั้งอยู่บนรากฐานของความไม่ไว้วางใจมนุษย์เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ไม่ไว้วางใจผู้มีอำนาจว่าเมื่อมีอำนาจแล้วจะไม่เข้าไปในทางที่ผิดไปลดรอนสิทธิเสรีภาพของคนอื่นภายหลัง การให้อำนาจจึงต้องมีข้อแม้เงื่อนไข เงื่อนไขมากมาย และมีความพร้อมเสมอที่เจ้าของอำนาจ (ประชาชน) จะถอนคืนอำนาจได้มากมายและมีความพร้อมเสมอที่เจ้าของอำนาจ (ประชาชน) จะถอนคืนอำนาจได้

(3) หลักที่ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนจะต้องได้รับการปกป้องคุ้มครอง

หลักนี้ก็จะเห็นได้ว่าแม้ประชาชนจะมีสิทธิเลือกหรือให้ความยินยอมแก่ผู้ปกครองอีกครั้ง สามารถเปลี่ยนตัวผู้ปกครองได้เป็นครั้งคราวก็ตาม แต่ถ้าผู้ปกครองยังสามารถละเมิดสิทธิมนุษยชนที่สำคัญของประชาชน แม้จะเพียงชั่วระยะเวลาอันสั้น การปกครองนั้นก็ไม่น่าจะเชื่อถือว่า เป็นประชาธิปไตยได้ เพราะอาจเป็นเผด็จการชั่วคราว การปกครองในระบบนี้จึงต้องมีมาตรการที่จะป้องกันไม่ให้ฝ่ายรัฐบาลเข้าไปใช้อำนาจละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกามีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่จะระบุสิทธิพื้นฐานของปวงชนไว้อย่างเด่นชัดซึ่ง

<sup>12</sup> อัญชลี พูลเต็ม. อ้างแล้ว. หน้า 24-26.

รัฐบาลจะละเมิดไม่ได้ ยิ่งไปกว่านั้นในกรณีที่มีข้อสงสัยว่าอะไรเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานหรือเมื่อมีการละเมิดเกิดขึ้นก็จะมีองค์กรที่มีอำนาจใหญ่อย่างศาลสูงมาเป็นผู้ตัดสินไม่ให้มีการละเมิดเกิดขึ้นในระบบของประเทศอังกฤษซึ่งไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรและศาลสูงอย่างประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ประเทศอังกฤษมีระบบสังคมและจารีตประเพณีที่ทำหน้าที่เป็นตัวควบคุมไม่ให้มีการละเมิด ในหลายกรณีกลุ่มคนหรือสถาบันบางอย่างนอกระบบรัฐบาล เช่น ปัญญาชน สื่อมวลชน อันเป็นอิสระก็จะทำหน้าที่เป็นจักรกลควบคุมฝ่ายผู้ปกครองไม่ให้ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน

ข้อที่น่าสังเกต คือ การปกป้องคุ้มครองสิทธิดังกล่าวของประชาชนจะต้องเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพจริงๆ หมายความว่า ในประเทศที่ใช้ระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยจะจัดให้มีแต่เพียงรัฐธรรมนูญหรือศาลสูงสุด แล้วอ้างว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนได้รับการปกป้องคุ้มครองแล้วไม่ได้ เพราะจะเห็นได้ว่าหลายประเทศที่อยู่ในกลุ่มเผด็จการจะมีรัฐธรรมนูญซึ่งระบุว่าประชาชนมีสิทธิเสรีภาพอย่างใดบ้าง แต่ในทางปฏิบัติปรากฏว่ารัฐบาลไม่ได้เคารพสิทธิหรือเสรีภาพดังที่ระบุไว้ หรือบางแห่งอาจมีศาลสูงซึ่งอาจก่อให้เกิดความรู้สึกรู้สึกว่ามีอำนาจและจะเป็นผู้ขัดขวางในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิเสรีภาพได้ แต่ในทางปฏิบัติศาลกลับตกอยู่ใต้อิทธิพลของฝ่ายบริหาร ถูกฝ่ายชนชั้นสูงเข้าครอบงำหรือขาดความเป็นอิสระ จึงเห็นได้ว่าเสรีภาพหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลนั้น แม้จะเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์และหวงแหนซึ่งรัฐที่เป็นประชาธิปไตยจะไม่ละเมิดก็ตาม แต่ก็ไม่ใช่ว่าโดยเด็ดขาด ในบางกรณีอาจมีข้อยกเว้นได้ เช่น กรณีมีเหตุการณ์ผิดปกติเกิด กบฏ จลาจล เป็นต้น

ดังนั้น รัฐที่มีระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยจะต้องมีกระบวนการป้องกันไม่ให้มีการละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพ

## 2) ประชาธิปไตยในความหมายอย่างกว้าง

นอกจากการพิจารณาประชาธิปไตยในฐานะที่เป็นระบบการเมืองและการปกครองซึ่งเป็นการมองจากมุมแคบดังกล่าวข้างต้นแล้ว ก็ยังอาจมองดูประชาธิปไตยจากมุมที่กว้างขวางกว่าได้อีก คือ การพิจารณาว่าประชาธิปไตยไม่ใช่เรื่องระหว่างรัฐบาลกับประชาชนหรือระหว่างผู้ปกครองเท่านั้น แต่ประชาธิปไตยยังเป็นเรื่องของกิจกรรม สัมพันธภาพ และความเกี่ยวข้องระหว่างประชาชนด้วยกันในระดับต่างๆ ด้วย อาจเป็นประชาธิปไตยในระดับครอบครัว โรงเรียน หมู่บ้าน ที่ทำงาน จนถึงระดับชาติ และระดับโลกได้ การพิจารณาประชาธิปไตยในความหมายที่กว้างนี้อาจเป็นปัญหาเนื่องจากแต่ละชาติแต่ละสังคมก็มีมาตรฐานชีวิตและค่านิยมในเรื่องต่างๆ ไม่เหมือนกัน

หลักเกณฑ์ที่ใช้เครื่องวัดว่าสัมพันธภาพระหว่างบุคคลประเภทใดเป็นประเภทใดเป็นประชาธิปไตยหรือไม่ อาจพิจารณาจากการเคารพในสิทธิของกันและกัน โดยที่สังคมประชาธิปไตยนั้นเป็นสังคมที่ผู้ปกครองหรือผู้ใต้ปกครองจะได้รับคามยุติธรรมในสังคม และต้องเคารพสิทธิ

ของกันและกันด้วย เช่น ในการขับรถ คนในสังคมประชาธิปไตยจะไม่ขับรถแข่งคนอื่น หรือต้องให้สิทธิคนที่มาก่อน นอกจากนี้การเคารพกันและกันยังมีความหมายรวมถึงความสัมพันธ์กับคนใกล้ชิดกับเราด้วย เช่น ระหว่างสามีภรรยา พี่กับน้อง เพื่อนกับเพื่อน โดยไม่ว่าจะเป็นในระดับการเมืองหรือระดับความสัมพันธ์ระหว่างคนต่อคน การปฏิบัติต่อกันในส่วนที่ใกล้ชิดกันจึงน่าจะเป็นระดับที่สำคัญที่สุด ดังคำกล่าวที่ว่า “ประชาธิปไตยเริ่มต้นในครอบครัว”<sup>13</sup> เมื่อเกิดความขัดแย้งระหว่างคนในสังคมก็ต้องตกลงกันโดยสันติวิธี ใช้เหตุผลและพยายามที่จะประสานประโยชน์ของทั้งสองฝ่าย ไม่เช่นนั้นอาจนำไปสู่การตัดสินใจปัญหาโดยวิธีที่ไม่เป็นประชาธิปไตยแบบรุนแรงได้ เช่น กรณีเกิดการปฏิวัติ

เมื่อพิจารณาในสังคมของประชาธิปไตยแบบตะวันตก ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว คำว่า “ความยุติธรรมในสังคม” คือ การปราศจากความเหลื่อมล้ำของบุคคลในสังคม ได้แก่ ความแตกต่างในฐานะทางเศรษฐกิจ การศึกษา และสังคม หมายความว่า ประเทศที่มีความยุติธรรมทางสังคมจะต้องหาทางให้บุคคลทุกคนมีฐานะความเป็นอยู่ในด้านต่างๆ ทัดเทียมกันให้มากที่สุด แต่ไม่ได้หมายความว่าต้องเท่ากัน เพราะการที่จะทำให้บุคคลมีฐานะเท่าเทียมกันในทุกๆ ด้านนั้นย่อมเป็นไปได้ หมายความว่าต้องเท่ากัน เนื่องจากบุคคลย่อมมีความแตกต่างกันในทางความสามารถ สติปัญญา พื้นฐานชีวิต ดังนั้น รัฐจึงต้องสร้างความเสมอภาคในโอกาสให้กับประชาชนทุกคน โดยที่รัฐต้องพยายามดำเนินการให้แต่ละคนได้มีโอกาสพัฒนาตนเอง เพิ่มความสามารถให้แก่ตนเองจนอยู่ในฐานะที่จะแข่งขันกับคนอื่นได้ จึงเห็นได้ว่า ในระบอบประชาธิปไตยสมัยใหม่ได้มีพัฒนาการสำคัญมาจากระบอบการปกครองที่ประชาชนเข้ามามีสิทธิมีเสียงในการตัดสินใจโดยตรงนับตั้งแต่สมัยนครรัฐเอเธนส์แห่งกรีกโบราณ และได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องในฐานะระบอบหรือรูปแบบ

ดังนั้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าประชาธิปไตยสมัยใหม่นั้นอยู่บนรากฐานของหลักการที่สำคัญ 4 ประการ ดังนี้<sup>14</sup>

(1) หลักการอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย

เป็นหลักการประเด็นสำคัญของประชาธิปไตย เพื่อแสดงออกถึงอำนาจในการปกครองของประชาชนโดยแท้จริง ประชาธิปไตยในรูปสมบูรณ์ที่สุด ได้แก่ ประชาธิปไตยโดยตรง โดยปัจจุบันยังมีปรากฏอยู่บ้างในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ หรือในแถบมลรัฐภาคตะวันออกเฉียงเหนือของประเทศสหรัฐอเมริกา (ที่เรียกกันว่าบริเวณนิวอิงแลนด์) มีการประชุมเมืองที่มีลักษณะเป็นประชาธิปไตยโดยตรง และในปัจจุบันระบอบการปกครองระบอบประชาธิปไตยได้เปลี่ยนแปลง

<sup>13</sup> กมล สมวิเชียร. อ่างแก้ว. หน้า 25.

<sup>14</sup> อัญชติ พูลเต็ม. อ่างแก้ว. หน้า 24-26.

สภาพการณ์ของสังคมการเมืองทำให้เป็นแบบประชาธิปไตยโดยทางอ้อมหรือทางตัวแทน ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศโดยตรง ประชาชนจะแสดงออกซึ่งการเป็นเจ้าของ โดยใช้อำนาจผ่านกระบวนการการเลือกตั้งอย่างอิสระในการกำหนดตัวผู้ปกครองและตัวแทนของตน อำนาจที่ว่าไม่ได้มีแต่อำนาจในการแต่งตั้งคัดสรรตัวแทนของประชาชนไปทำหน้าที่ปกครองเท่านั้น หากแต่ยังรวมไปถึงอำนาจในการถอดถอน (Recall) ตัวแทนที่ประชาชนเห็นว่าไม่ได้ปกครองในทางที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมส่วนรวมหรือตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญที่เป็นบทกฎหมายสูงสุดของแต่ละประเทศด้วย ตัวอย่างเช่น ในประเทศไทย รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีบทบัญญัติรับรองให้อำนาจของประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งสามารถเข้าชื่อกันเพื่อยื่นถอดถอนนักการเมืองที่ทำหน้าที่บริหารประเทศซึ่งมีพฤติกรรมร้ายวผิดปกติ เป็นต้น

### (2) หลักสิทธิและเสรีภาพต่างๆ

หลักการที่แสดงว่าประชาธิปไตยนั้น ประชาชนต้องมีหลักประกันสิทธิเสรีภาพและเสรีภาพในการแสดงออก ไม่ว่าจะเป็นด้านความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์โฆษณา การรวมกลุ่มจัดตั้งพรรคการเมือง และการเลือกตั้งการใช้สิทธิทางการเมือง ซึ่งถือว่าเป็นความเสมอภาคทางกฎหมายที่บุคคลทุกคนย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน ภายใต้ระบบศาลเดียวกัน และได้รับการปฏิบัติจากองค์กรแห่งกฎหมายเสมอกัน ในหลักการนี้ศาลจะต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยหลักสิทธิและเสรีภาพต่างๆ นี้ ยังก่อให้เกิดหลักความเสมอภาค (Equality) เป็นการเปิดโอกาสให้มนุษย์สามารถเข้าถึงทรัพยากรและคุณค่าต่างๆ ของสังคมที่มีอยู่อย่างจำกัดเท่าเทียมกัน บุคคลจะยอมไม่ถึงถูกกีดกันด้วยสาเหตุแห่งความแตกต่างทางชั้นวรรณะทางสังคม ชาติพันธุ์ วัฒนธรรม ความเป็นอยู่ฐานะทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ การที่แต่ละคนมีสิทธิและหน้าที่ที่จะร่วมในกิจกรรมทางการเมืองเท่าๆ กัน ในระบอบประชาธิปไตยก็ถือว่าแต่ละคนมีสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนเลือกตั้งผู้ปกครองหรือตัวแทนประชาชนเท่ากัน

### (3) หลักการปกครองโดยกฎหมายหรือหลักนิติธรรม

หลักการนี้มีขึ้นเพื่อความคุ้มครองแก่ประชาชนทั้งในเรื่องสิทธิเสรีภาพในทรัพย์สิน การแสดงออก การดำรงชีพ เป็นต้น และเพื่อป้องกันไม่ให้รัฐบาลใช้อำนาจกระทำการใดๆ ที่ขัดแย้งหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามอำเภอใจ โดยปราศจากการยึดถือปฏิบัติตามกฎหมาย แม้ในทัศนะหนึ่งของนักคิดบางท่าน เช่น แมกซ์ เวเบอร์ (Max Weber) ที่ว่า รัฐเป็นองค์กรที่ผูกขาดการใช้อำนาจปกครองเหนือประชาชนก็ตาม หลักการสำคัญนี้มักจะถูกรับบัญญัติไว้ในกฎหมายสูงสุดของรัฐ ดังที่รัฐธรรมนูญของประเทศไทยได้บัญญัติไว้ในหมวดที่ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปวงชนชาวไทย

#### (4) หลักการเสียงข้างมาก

ด้วยเหตุที่การปกครองแบบประชาธิปไตย เป็นการปกครองของประชาชนโดยประชาชน และเพื่อประโยชน์ของประชาชน ดังนั้น การตัดสินใจใดๆ ที่ส่งผลกระทบต่อประชาชนส่วนมาก ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดตัวผู้ปกครอง การเลือกตั้งตัวแทนของประชาชนเข้าสู่ระบบการเมือง หรือแม้แต่การตัดสินใจในบรรดาภารกิจของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการย่อมต้องถือเอาเสียงข้างมากที่มีต่อเรื่องนั้นๆ เป็นเกณฑ์ในการตัดสินใจทางเลือกภายใต้หลักการของการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่ประสงค์จะให้สอดคล้องหรือเป็นตัวแทนที่จะสะท้อนความต้องการหรือข้อเรียกร้องของประชาชนส่วนมาก

อย่างไรก็ตาม หลักการเสียงข้างมากในระบบประชาธิปไตยนี้ สิทธิของเสียงข้างน้อยจะต้องได้รับการเคารพ โดยในวันข้างหน้าเสียงข้างน้อยอาจจะกลายเป็นเสียงข้างมาก ฉะนั้นในระบบประชาธิปไตยจึงถือว่า ฝ่ายค้านมีความสำคัญเท่ากับฝ่ายรัฐบาลซึ่งมีหน้าที่ทำบริการสาธารณะ ควบคุมเสียงข้างมาก และเพื่อที่จะเข้ามาแทนที่เสียงข้างมากในวันหนึ่ง จึงเป็นหลักการที่รับฟังและรับรองความคิดเห็นของบุคคลต่างๆ ที่แตกต่างกัน โดยการตัดสินใจนั้นจะใช้เสียงข้างมากเป็นที่ยุติปัญหาต่างๆ

#### 2.2.2 ลักษณะอันแสดงถึงความเป็นระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย

โกวิท วงศ์สุรวัฒน์<sup>15</sup> ราชบัณฑิตไทย อธิบายไว้ว่า การปกครองแบบประชาธิปไตยนั้นมีลักษณะบ่งชี้สำคัญ 4 ประการ ซึ่งไม่ว่ารูปแบบการปกครองของประเทศจะเป็นแบบรัฐสภา การปกครองและประธานาธิบดี หรือแบบกึ่งประธานาธิบดี หรือแบบเลือกตั้งนายกรัฐมนตรีโดยตรง และอีกในทำนองหนึ่ง แม้ประเทศต่างๆ จะอ้างว่าประเทศของตนปกครองในระบบประชาธิปไตย ไม่ว่าจะเป็นโดยการตั้งชื่อรัฐตน เช่น สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว หรือกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น อดีตสหภาพโซเวียตก็ตาม แต่ถ้าหากขาดคุณลักษณะสำคัญของความเป็นประชาธิปไตย 4 ประการนี้ ก็ไม่นับว่าประเทศนั้นปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย คุณลักษณะของความสำคัญของความเป็นประชาธิปไตย 4 ประการดังกล่าว ประกอบด้วย

- 1) ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย คือประชาชนมีอำนาจสูงสุดในรัฐ
- 2) ประชาชนทุกคนในรัฐมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันตามกฎหมาย ตลอดจนมีสิทธิเสรีภายในขอบเขตกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน

<sup>15</sup> โกวิท วงศ์สุรวัฒน์. (2543). *พื้นฐานรัฐศาสตร์กับการเมืองในศตวรรษที่ 21*. กรุงเทพฯ: โครงการปริญญาโทรัฐศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์. หน้า 69.

3) การดำเนินการต่างๆ ของรัฐต้องถือเอามติของเสียงข้างมากเป็นเครื่องตัดสิน แต่ในเวลาเดียวกันเสียงส่วนน้อยหรือคนส่วนน้อยในรัฐจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายที่ป้องกันไม่ให้ประชาชนส่วนใหญ่กดขี่ข่มเหงอย่างผิดทำนองคลองธรรม

4) กระบวนการของประชาธิปไตย คือ วิธีการปกครองที่ได้รับความยินยอมพร้อมใจของประชาชนส่วนใหญ่ ซึ่งแสดงออกมาในรูปของการเลือกตั้ง การอภิปราย การออกเสียงประชามติการเสนอร่างกฎหมายของประชาชน เป็นต้น

## 2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร

### 2.3.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิในกฎหมายมหาชน

สิทธิตามกฎหมายมหาชนก็เช่นเดียวกับสิทธิตามกฎหมายเอกชน ก็จะต้องมีวิถีทางให้ เป็นไปตามสิทธินั้นๆ ได้การยอมรับรองสิทธิที่เกิดจากกฎหมายมหาชน หมายความว่ารัฐโดย รัฐธรรมนูญ หรือ โดยกฎหมายก็ด้อยผูกพันตนเป็นการยอมผูกมัดของอำนาจสาธารณะ เพื่อ ประโยชน์ของเอกชน สิทธิตามกฎหมายมหาชนเป็นสิทธิราษฎรที่มีต่อรัฐและอำนาจสาธารณะ รัฐ และผู้ทรงอำนาจสาธารณะอื่นได้รับรองหรือให้แก่ราษฎรและพยายามแยกสิทธิของกฎหมาย มหาชน ได้ดังนี้<sup>16</sup>

1) สิทธิที่เกี่ยวกับสถานะของบุคคลในทางปฏิเสธ (Negative Status) ซึ่งได้แก่สิทธิที่ ราษฎรสามารถจะปฏิเสธรัฐที่เข้ามาก้าวร้าวในสิทธิของตนได้ สิทธิดังกล่าว ได้แก่ สิทธิตาม รัฐธรรมนูญและสิทธิมนุษยชน

2) สิทธิของบุคคลในทางที่จะดำเนินการ (Active Status) ซึ่งเป็นสิทธิที่ราษฎรมีต่อรัฐ เช่น สิทธิเลือกตั้ง

3) สิทธิที่จะเรียกร้องการปฏิบัติการบางประการจากรัฐ (Positive Status) เช่น สิทธิ เรียกร้องให้รัฐคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่จะขอคุ้มครองตนจากการกระทำของรัฐต่างประเทศ สิทธิที่ จะเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติการเนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับข้าราชการ เช่น สิทธิเรียกร้องให้ จ่ายเงินเดือน หรือจ่ายบำนาญ

มีข้อสังเกตในเรื่องสิทธิที่เกิดจากกฎหมายมหาชนจะต้องพิจารณาว่าให้ดีกว่ากฎหมาย ได้กำหนดให้สิทธิไว้หรือไม่ เพราะมีกรณีที่กฎหมายกำหนดแต่หน้าที่ให้แก่รัฐโดยมิได้กำหนดให้ เป็นสิทธิแก่ราษฎร เช่น แนวนโยบายแห่งรัฐไม่ได้ประสงค์จะก่อให้เกิดสิทธิแก่ราษฎรที่จะ เรียกร้องรัฐให้ทำหน้าที่คุ้มครองและรัฐละเลยราษฎรก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องรัฐได้

<sup>16</sup> หยุด แสงอุทัย. (2542). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ: ประกายพริก. หน้า 235-237.

4) รัฐมีสิทธิตามกฎหมายมหาชนต่อราษฎร

5) สิทธิในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถืออำนาจสาธารณะต่อกันและกัน

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ให้แก่ราษฎรนั้น ถือกันว่าเป็นคุณค่าสูงสุดซึ่งองค์กรต่างๆ ของรัฐทุกองค์กร ไม่ว่าจะเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรผู้ใช้อำนาจบริหาร หรือองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการก็ตาม จะต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครองบรรดาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิและเสรีภาพจึงมิได้มีฐานเป็นแต่เพียง “คำประกาศ” อุดมการณ์ของรัฐเท่านั้น หากแต่มีฐานะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรงแก่องค์กรของรัฐเหล่านั้นเลยทีเดียว รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศนั้น ได้มีบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญของประเทศเสรีนิยมประชาธิปไตยอื่นๆ ลักษณะการบัญญัติหมวดว่าด้วยสิทธิเสรีภาพนั้น ในตอนต้นหลังเปลี่ยนแปลงการปกครองไม่ได้ให้ความสำคัญเลย ดังจะเห็นได้จากพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดิน พ.ศ. 2475 ไม่มีการบัญญัติไว้เลย รัฐธรรมนูญฉบับ 2475 บัญญัติเรื่องสิทธิเสรีภาพไว้เพียง 2 มาตรา แต่อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 รวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ฉบับปัจจุบันนับเป็นรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติในเรื่องสิทธิเสรีภาพมากกว่าฉบับก่อนๆ

1) การรับรองและคุ้มครองสิทธิ

สิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นเป็นเรื่องส่วนบุคคลของแต่ละคน แต่ถ้ามองโดยรวมในสังคมสิทธิเสรีภาพของคนในสังคมที่อยู่ร่วมกัน จึงเป็นประโยชน์สาธารณะ ด้วยเหตุนี้การดำเนินการของรัฐและหน่วยงานของรัฐถึงแม้ว่าจะทำเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ไม่ทำลายสิทธิเสรีภาพของประชาชน และเป็นภาระหน้าที่ของกฎหมายมหาชนที่จะให้การรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ดังนั้น ผลที่ตามมาคือ รัฐและหน่วยงานของรัฐไม่เพียงมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพประชาชนเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่ต้องจัดการคุ้มครองให้ดีที่สุดไม่ให้มีการละเมิดโดยรัฐ มีหน้าที่ 2 ประการ คือ หน้าที่กระทำการและหน้าที่งดเว้นกระทำการ

(1) หน้าที่กระทำการ หมายความว่า ในกรณีที่บุคคลมีสิทธิตามกฎหมายรัฐธรรมนูญประการใด รัฐต้องมีหน้าที่จัดการให้ประชาชนได้รับสิทธินั้น ถ้ารัฐไม่ทำหน้าที่ข้างต้น ประชาชนสามารถบังคับให้รัฐกระทำการตามหน้าที่เพื่อให้สิทธิของตนสมประโยชน์ได้

(2) หน้าที่งดเว้นกระทำการ บุคคลนั้นย่อมมีอิสระในการกระทำการนั้น โดยรัฐมีหน้าที่ที่จะงดเว้นการกระทำการใดๆ อันเป็นการแทรกแซงเสรีภาพดังกล่าว เช่น เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบปราศจากอาวุธ



อย่างไรก็ตามสิทธิเสรีภาพนั้น ถ้าไม่มีขอบเขตจำกัดเลยสภาวะอนาธิปไตยก็จะเกิดขึ้น เพราะทุกคนจะใช้เสรีภาพเต็มที่และส่งผลกระทบต่ออันนำไปสู่ความเดือดร้อนต่อบุคคลอื่นได้ ซึ่งต่างฝ่ายต่างอ้างสิทธิเสรีภาพโดยไม่มีขอบเขต ดังนั้น จึงจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้าแทรกแซงจัดระบบการคุ้มครอง (Droit Protection) โดย

- 1) การจำกัดเสรีภาพเพื่อคุ้มครองเสรีภาพผู้อื่นและคุ้มครองสังคม
- 2) การคุ้มครองเสรีภาพจากการละเมิดของรัฐ
- 3) การคุ้มครองเสรีภาพจากการละเมิดของบุคคลอื่น
- 4) การจัดให้มีหน้าที่ของรัฐในเสรีภาพใหม่ๆ<sup>17</sup>

### 2.3.2 แนวความคิดเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ

การให้ความหมายของ “ประโยชน์สาธารณะ” ทางกฎหมายนั้นทำได้ยากแต่เราจะเห็นภาพได้ง่ายขึ้นถ้าเราหยิบเรื่องใดเรื่องหนึ่งมาเป็นตัวอย่าง อาทิเช่น ในการป้องกันประเทศซึ่งจะต้องมีปัจจัยหลายประการ เช่น ปัจจัยทางองค์กร ต้องมีวิธีดำเนินการ ต้องมีวัตถุประสงค์ และมีกิจกรรม จะเห็นได้ว่า ประโยชน์สาธารณะเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ ส่วนอำนาจมหาชน เป็นวิธีดำเนินการที่ให้มีอำนาจเหนือปัจเจกชนเพื่อดำเนินการให้สำเร็จตามเป้าหมายนั้น

ดังนั้น หัวใจของกฎหมายมหาชนจึงอยู่ที่วัตถุประสงค์ ของกิจกรรมของรัฐที่ต้องเป็นไปเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ ซึ่งต่างจากกิจกรรมของเอกชนที่มุ่งตอบสนองความต้องการส่วนของตนเอง ในกฎหมายเอกชน ประโยชน์สาธารณะเป็นปลายเหตุ ต้นเหตุคือ การให้เครื่องมือแก่เอกชนแต่ละคนที่จะตอบสนองความต้องการส่วนตัวให้ดีที่สุด ประโยชน์สาธารณะในกฎหมายมหาชนมีลักษณะ ดังนี้

ประโยชน์สาธารณะ คือ การตอบสนองความต้องการของคนอื่นส่วนใหญ่ที่ไม่ใช่ผู้ดำเนินการนั้นๆ เอง ถ้าเป็นลักษณะนี้เราจะเห็นได้ว่า ประโยชน์สาธารณะมี 2 มิติ

มิติแรก คือ ทางจิตวิทยา ประโยชน์สาธารณะแสดงถึงความต้องการของคน ถ้าความต้องการของคนแต่ละคนในสังคมตรงกันมากขึ้นเรื่อยๆ จะทำให้ความต้องการส่วนตัวของแต่ละคนกลายเป็นความต้องการส่วนรวมขึ้น ด้วยเหตุนี้การป้องกันประเทศที่ดี การศึกษาก็ดี ล้วนเป็นความต้องการของคนส่วนรวมที่เรียกว่า ประโยชน์สาธารณะ ในทางตรงกันข้ามถ้าคนแต่ละคนซึ่งเป็นหมู่มากเห็นว่าสิ่งนั้นไม่จำเป็น สิ่งนั้นก็ไม่ใช่ประโยชน์สาธารณะ การพิจารณาว่าอะไรคือความต้องการของคนหมู่มากจึงเป็นเรื่อง “อัตวิสัย” แต่ทำให้เป็นภาวะวิสัยได้โดยถือว่าผู้บัญญัติ

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 71-73.

กฎหมายหรือรัฐสภาและศาลปกครองเท่านั้น ที่จะชี้ขาดในขั้นสุดท้ายว่าสิ่งนั้นเป็นความต้องการของส่วนรวม หรือเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่

มิติที่สอง คือ มิติทางตัวบุคคลผู้มีความต้องการ ถ้ารัฐทำสิ่งนั้นเพื่อตอบสนองความต้องการของตัวเอง เช่น เพื่อหารายได้ เรียกกิจกรรมของรัฐประเภทนี้ว่า กิจกรรมเพื่อกำไรให้มากที่สุด ซึ่งโดยปกติไม่ถือว่าเป็นความต้องการของคนอื่น ส่วนใหญ่เราเรียกกิจกรรมประเภทนี้ว่า “กิจกรรมเพื่อให้บริการให้มากที่สุด” ซึ่งแสดงให้เห็นวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะชัดเจนมาก เมื่อประโยชน์สาธารณะฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องตอบสนองจะเลือกใช้ดุลพินิจว่าจะทำหรือไม่ทำก็ได้ ยิ่งเมื่อประโยชน์สาธารณะนั้นแสดงออกโดยเป็นกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นแล้ว การที่ฝ่ายปกครองไม่ตอบสนองเป็นการไม่ชอบ และอาจต้องรับผิดชอบทางปกครองชดใช้ค่าเสียหายให้ปัจเจกชนผู้เสียหายด้วยเหตุนี้ สภาแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงพิพากษาว่า เมื่อกฎหมายบัญญัติให้เทศบาลมีอำนาจหน้าที่ต้องจัดสุสาน แต่เทศบาลไม่ทำโดยมีมติสภาเทศบาลออกมา ศาลพิพากษาเพิกถอนมติสภาเทศบาล ซึ่งจะเห็นได้ถึงข้อแตกต่างระหว่างสิ่งที่เรียกว่า “อำนาจหน้าที่” ในกฎหมายมหาชนกับ “สิทธิ” ในกฎหมายเอกชนได้ชัดเจนเพราะสิทธิในกฎหมายเอกชนนั้น ผู้มีสิทธิจะใช้หรือไม่ใช้ก็ได้ จึงถือว่าเป็นเสรีภาพในการใช้สิทธิ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ “เสรีภาพในการใช้สิทธิเป็นหลักของกฎหมายเอกชน” แต่ในกฎหมายมหาชนนั้น “อำนาจ” ไม่ใช่สิทธิ เหตุที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเพราะมีภาระหน้าที่ ที่ต้องตอบสนองประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจจะบอกว่าสิทธิของตนที่จะใช้หรือไม่ใช้อำนาจหน้าที่ไม่ได้ เมื่อตนมีภาระหน้าที่ตนก็ต้องใช้อำนาจภาระหน้าที่นั้นให้สำเร็จ ในกฎหมายมหาชนนั้นเสรีภาพที่จะใช้อำนาจเป็นข้อยกเว้น หน้าที่และการใช้อำนาจเพื่อกระทำการตามหน้าที่เป็นหลัก

สำหรับขอบเขตของ “ประโยชน์สาธารณะ” กว้างมาก แล้วแต่รัฐสภาจะกำหนดไว้ในกฎหมายต่างๆ ดังนั้น เนื้อหา เวลา สถานที่ จึงเป็นปัจจัยสำคัญที่ศาลต้องพิจารณาตลอดเวลาทั้งในกรณีที่มีกฎหมาย ความสำคัญของประโยชน์สาธารณะในฐานะที่เป็นแนวคิดทางกฎหมายมหาชน อาจสรุปได้ 2 ลักษณะ คือ

1) ประโยชน์สาธารณะในฐานะที่เป็นขอบเขตที่กว้างที่สุดของกฎหมายมหาชนและการกระทำทุกอย่างของฝ่ายปกครอง ถ้ารัฐและฝ่ายปกครองมีอยู่ ก็เพื่อประโยชน์ร่วมกันของสมาชิกในสังคมหรือประโยชน์สาธารณะนั่นเอง การกระทำทุกอย่างของรัฐและหน่วยงานของรัฐจึงต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น การจัดองค์กรการให้อำนาจหน้าที่เหนือเอกชนคนธรรมดาเพื่อการปฏิบัติภาระการตอบสนองประโยชน์สาธารณะนั่นเอง ดังนั้นอะไรก็ตามที่ไม่ใช่ประโยชน์สาธารณะ รัฐหรือองค์กรของรัฐทำไม่ได้ และไม่ใช่วัตถุประสงค์ของกฎหมายมหาชน แต่อาจเป็นเรื่องอื่นๆ

เช่น เรื่องผลประโยชน์ส่วนบุคคลซึ่งอยู่ในข่ายกฎหมายเอกชน ในแง่แนวความคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะจึงเปรียบเสมือนพรมแดนกว้างที่สุดของการใช้กฎหมายมหาชน

ดังนั้น ในกฎหมายมหาชนแนวคิดทางสาระบัญญัติสำคัญๆ จึงประกอบด้วยแนวคิดเรื่อง “ประโยชน์สาธารณะ” เป็นพื้นฐานทั้งสิ้น อาทิเช่น ทฤษฎีบริการสาธารณะ การที่จะชี้ว่าอะไรคือบริการสาธารณะนั้นจะต้องมีลักษณะดังนี้ คือ เป็นกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะที่กระทำโดยนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน หรือจะกระทำภายใต้การควบคุมของนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน ตามหลักกฎหมายพิเศษ จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบของการเป็นบริการสาธารณะได้ต้องมี 3 องค์ประกอบคือ

ประการแรก ต้องเป็นกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น ถ้าไม่ใช่กิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่มุ่งต่อประโยชน์ส่วนตัวขององค์กรโดยตรงทางการเงินหรือทางอื่น ไม่มีทางเป็นบริการสาธารณะเลย

ประการที่สอง ต้องกระทำโดยอย่างน้อยภายใต้การควบคุมของนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน ดังนั้น การทำเพื่อประโยชน์สาธารณะของเอกชนที่ไม่มีการควบคุมโดยตรงจากองค์กรของรัฐ เช่น สมาคม มูลนิธิ จึงไม่มีทางเป็นบริการสาธารณะ

ประการสุดท้ายคือ วิธีการที่ใช้ในการกระทำต้องเป็นวิธีตามกฎหมายมหาชนซึ่งไม่ใช่กฎหมายทั่วไป

2) ประโยชน์สาธารณะในฐานะที่เป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง และการกระทำทางปกครอง ผลก็คือศาลต้องมีหน้าที่ควบคุมไม่ให้เกิดการกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองออกนอกกรอบประโยชน์สาธารณะ ซึ่งส่งผลสำคัญทางกฎหมายมหาชนหลายประการดังนี้<sup>18</sup>

ประการแรก การใช้อำนาจมหาชนที่กฎหมายให้กับหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือประโยชน์ของกลุ่ม ที่ไม่ใช่ประโยชน์สาธารณะก่อให้เกิดสภาพการใช้อำนาจผิดวัตถุประสงค์ หรือการใช้อำนาจโดยบิดผัน ซึ่งศาลพิพากษาให้เพิกถอนนิติกรรมนั้นได้

ประการที่สอง ถ้าต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้วไม่ดำเนินการก็ไม่ได้ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องดำเนินการ มิเช่นนั้นศาลถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจต้องรับผิดชอบละเมิดทางปกครองได้

ประการที่สาม ในการใช้อำนาจดุลพินิจที่กฎหมายให้ไว้เพื่อพิจารณาข้อเท็จจริงแต่ละเรื่องนั้น ถ้าฝ่ายปกครองใช้ประโยชน์สาธารณะเป็นเครื่องตัดสินในเรื่องนั้นๆ เช่น ในการสอบคัดเลือกเมื่อมีคนได้คะแนนเท่ากันหลายคน ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจเลือกคนที่อยู่ในเมืองนั้น เพื่อ

<sup>18</sup> หยุด แสงอุทัย. อ่างแล้ว. หน้า 71-73.

ความสะดวกรวดเร็วในการทำงาน ศาลถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในทางกลับกัน การจำกัดอำนาจดุลพินิจของตนเองโดยไม่ดูข้อเท็จจริงแต่ละเรื่องถือเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลเพิกถอนได้ แต่ถ้ากฎหมายให้แต่อำนาจผูกพัน ไม่ได้ให้ใช้อำนาจดุลพินิจ คือ ถ้าครบเงื่อนไขต้องกระทำการศาลก็ไม่อาจใช้ประโยชน์สาธารณะมาควบคุมการใช้อำนาจฝ่ายปกครองได้

ประการที่สี่ ฝ่ายปกครองจะทำเกินประโยชน์สาธารณะที่ตนมีหน้าที่ต้องตอบสนองไม่ได้ และถ้าในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่งไปกระทบกับประโยชน์สาธารณะอีกอย่างหนึ่งอย่างรุนแรง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้แสดงให้เห็นว่าพยายามประสานประโยชน์สาธารณะทั้งสองอย่างนี้ให้ดีที่สุด ไม่ให้ขัดแย้งกันมากถึงขนาดอันหนึ่งทำลายอีกอันหนึ่ง ศาลก็จะเพิกถอนกระทำอันหลังที่ไปกระทบอันแรกที่มีอยู่ก่อนแล้ว

## 2.4 หลักการเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร

### 2.4.1 หลักสิทธิมนุษยชน

คำว่าสิทธิมนุษยชนเป็นคำที่เกิดขึ้นใหม่หลังสงครามโลกครั้งที่สอง แต่แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนมีมานานแล้วนับตั้งแต่สมัยกรีก สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่มีได้อยู่หนึ่งเฉย แต่เป็นผลจากวิวัฒนาการของกระบวนการเรียกร้อง (Struggle) ของกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ ที่อ้างความชอบธรรมของประโยชน์นั้นๆ ว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) โดยมีฐานทางกฎหมายในการเรียกร้อง ในแต่ละยุคแต่ละสมัยมีการใช้คำอื่นที่มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่าสิทธิมนุษยชนแตกต่างกันออกไปซึ่งคำที่ใช้ขึ้นขึ้นอยู่กับพื้นฐานทางความคิดที่ใช้ในการสนับสนุนความชอบธรรมในการกล่าวอ้างหรือเรียกร้องสิทธินี้<sup>19</sup> เช่น

- 1) สิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) อันมีพื้นฐานทางความคิดอิงอยู่กับศาสนาของกรีกโบราณ
- 2) สิทธิของมนุษย์ (Rights of Man) อันมีพื้นฐานความคิดทางการเมืองที่ก่อตัวในศตวรรษที่ 18
- 3) หลักนิติธรรม (The Rule of Law) อันมีพื้นฐานความคิดทางนิติศาสตร์ที่เรียกร้องให้มีกระบวนการคุ้มครองสิทธิของพลเรือนอย่างเป็นธรรม

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีพื้นฐานทางการเรียกร้องต่างกัน แต่เนื้อหานั้นไม่ได้ต่างกัน อาจกล่าวได้ว่าสิทธิมนุษยชนเป็นส่วนหนึ่งของมนุษยชาติ และไม่สามารถจะดำรงอยู่ได้โดยปราศจาก

<sup>19</sup> วิชัย ศรีรัตน์. (ม.ป.ป.). *สิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย เรื่อง พัฒนาการของสิทธิมนุษยชน*. ม.ป.ท. หน้า 1-2.

สิทธิมนุษยชน ความไม่สงบที่เกิดขึ้นในภูมิภาคต่างๆ ในโลกทางสังคมการเมือง เป็นมูลเหตุให้ประเทศต่างๆ รวมตัวกันเพื่อจัดทำข้อกำหนดในการให้ความคุ้มครองต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานต่างๆ ในความปรารถนาให้มีการเคารพต่อสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ชาติอื่นเป็นรากฐานของเสรีภาพความยุติธรรม และสันติภาพในโลก โดยได้ลงมติรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Right: UDHR 1948) อาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญและยืนยันสิทธิ (Right) นั้นไม่อาจโอนให้แก่กันได้ และไม่อาจล่วงล้ำสิทธิของสมาชิกทั้งหมดในครอบครัวของมนุษยชาติ หลักการสำคัญในการกำหนดไว้ไม่ใช่เพื่อสังคม ในปัจจุบันนี้เท่านั้น แต่เป็นการกำหนดเพื่ออนาคตร่วมกันของสังคมมนุษยชาติโดยรวม ซึ่งวางเป็นมาตรฐานแห่งความสำเร็จของมวลมนุษย์

สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการ เป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่ถูกกำหนดในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เมื่อมีการแก้ไขข้อบกพร่องของปฏิญญาสากลดังกล่าว ซึ่งบัญญัติไว้ในข้อ 19 ดังนี้<sup>20</sup>

- 1) ทุกคนมีสิทธิที่จะถือเอาความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง
- 2) ทุกคนมีสิทธิเสรีภาพในการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับ หรือกระจายข่าวสารและความเห็นทุกรูปแบบโดยไม่คำนึงถึงเขตแดน ทั้งนี้ไม่ว่าด้วยการพูด การเขียน หรือการพิมพ์ ในรูปแบบของศิลปะ หรือโดยสื่อประการอื่นตามประสงค์
- 3) การใช้สิทธิเสรีภาพดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 2 ของมาตรานี้ จะต้องกระทำด้วยหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษ การจำกัดเสรีภาพนี้จะกระทำได้ก็แต่เฉพาะอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อความจำเป็นต่อการเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น และเพื่อรักษาความมั่นคงแห่งชาติหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือสุขภาพของประชาชนหรือศีลธรรมอันดี

#### 2.4.2 หลักนิติธรรม

จุดกำเนิดของการเมือง เริ่มต้นที่มนุษย์พยายามหาหลักประกันเสรีภาพ อิศรภาพ ในการปกครองตนเอง โดยเกิดความเชื่อว่า น่าจะมีเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพ มนุษย์เองจึงเอากฎหมายมาเป็นเครื่องมือ เกิดระบบปกครองที่เรียกว่า นิติรัฐ (Legal State) โดยปกครองตามหลักนิติธรรม (The Rule of Law) บนพื้นฐานแห่งความเชื่อว่ามีมนุษย์ทุกคนยอมเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย มนุษย์ต้องมีกรอบกติกาเป็นกฎเกณฑ์ในการปกครอง<sup>21</sup> นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ตรงข้ามกับรัฐตำรวจ ซึ่งยึดหลักการที่ว่า ในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อธำรงไว้ซึ่งผลประโยชน์ของส่วนรวมหรือผลประโยชน์

<sup>20</sup> กุลพล พลวัน. (2538). *พัฒนาการสิทธิมนุษยชน*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 225-226.

<sup>21</sup> พูนศักดิ์ วรรณพงษ์. (2534). *กฎหมายกับการเมือง*. กรุงเทพฯ: สारมวลชน. หน้า 94.

สาธารณะ องค์กรผู้ใช้อำนาจบริหารที่มีอำนาจดุลพินิจอย่างกว้างขวางในอันที่จะสั่งราษฎรให้กระทำการ หรือละเว้นการกระทำในลักษณะอำเภอใจ โดยไม่คำนึงถึงหลักการที่กฎหมายบัญญัติ และไม่คำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน

#### 1) แนวความคิดทฤษฎี

รัฐเป็นการรวมตัวของกลุ่มคน โดยได้จัดตั้งเป็นเมืองและร่วมดำเนินการทางการเมืองเพื่อประโยชน์ร่วมกันตามเจตนารมณ์ รวมตัวกันเป็นรัฐโดยปริยายมาแต่โบราณ โดยแต่ละรัฐก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงมาหลายระบบ ไม่ว่าจะเป็นระบบผู้นำคนเดียว ระบบผู้นำกลุ่ม ระบบกษัตริย์แบบสมบูรณาญาสิทธิราช และระบบประชาธิปไตย ซึ่งในสังคมประชาธิปไตย (Democratic Society) ยอมรับหลักการว่า คนทุกคนมีเสรีภาพ (Liberalism) ที่จะคิดและกระทำตามแต่ที่ตัดสินใจว่าเหมาะสม (Self-Determination) ดังนั้น บรรดาสิทธิ (Rights) ต่างจึงเกิดตามมาไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในทางการเมือง สิทธิความเป็นบุคคล

อย่างไรก็ดี การใช้สิทธิของบุคคลนั้นย่อมอาจกระทบต่อผู้อื่นด้วยเสมอไม่มากก็น้อย ขณะเดียวกันก็มีประโยชน์บางอย่างที่เป็นประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) อยู่ด้วย ซึ่งแต่ละคนจะใช้ให้เสียหายแก่ประโยชน์ส่วนรวมนั้นไม่ได้ โสเครตีส (Socrates) เคยกล่าวว่า ที่ใดที่บุคคลใช้สิทธิเสรีภาพมากเกินไป ที่นั่นจะเปลี่ยนแปลงเป็นไม่มีเสรีภาพและทุกคนจะตกเป็นทาสของผู้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ

แนวความคิดในเรื่องการปกครองโดยกฎหมายมีมาตั้งแต่สมัยกรีก เพลโต (Plato) ปราชญ์ชาวกรีก อยากให้ผู้ปกครองรัฐเป็นกษัตริย์นักปรัชญา (Philosopher King) ซึ่งเป็นผู้มีความรู้จริง แต่ต่อมาเขารู้ว่ากษัตริย์ที่เป็นนักปรัชญานั้นหาได้ยากในหนังสือ The Laws เขาได้นำเสนอว่าควรเลือกสิ่งที่ดีเป็นลำดับสอง คือ กฎหมาย ซึ่งวางหลักกลางๆมิใช่เฉพาะกรณีใด โดยเฉพาะเพื่อมิให้เกิดความลำเอียงและการปกครองจะต้องดำเนินการตามกฎหมาย

อริสโตเติล (Aristotle) ลูกศิษย์ของเพลโต ได้ขยายความต้องการให้รัฐที่ปกครองด้วยมนุษย์เพียงลำพังนั้นเป็นสิ่งเป็นไปไม่ได้ เพราะมนุษย์มีอารมณ์สนองตอบตามแต่จะเกิดขึ้น แต่การปกครองไม่มีอารมณ์อันมิชอบเข้ามาเกี่ยว โดยได้สรุปว่าการปกครองโดยกฎหมายเป็นสิ่งที่พึงปรารถนาว่าการปกครองโดยมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นผู้ตามช่วงยุคกลางของฝรั่งเศสในทางปฏิบัติที่กำหนดสิทธิเสรีภาพเป็นอำนาจของผู้ปกครองรัฐ โดยประชาชนไม่ได้มีส่วนร่วม และถือว่ากษัตริย์เป็นที่มาแห่งกฎหมาย (The King was the Source of Law) ถึงขนาดที่พระเจ้าหลุยส์ที่ 14 ในช่วง ค.ศ. 1638-1715 ได้ตรัสว่า "L'Etat, C est Moi" แปลว่า "รัฐคือตัวของฉันเอง" แม้นักวิชาการในยุคนี้ถือว่า องค์อธิปัตย์ (Sovereign) เป็นบุคคลที่อยู่นอกสังคมและต่อมาได้พัฒนาระบบ

ประชาธิปไตย อำนาจอธิปไตยกลายเป็นของประชาชน และพัฒนามาถึง “ประชาธิปไตย” หรือรัฐที่เป็นของประชาชนในรูปแบบต่างๆ

ส่วนอังกฤษนั้นเหตุการณ์ที่เป็นเหตุในการเปลี่ยนแปลงในการปกครองของอังกฤษที่สำคัญ คือ แมกนา คาร์ตา (Magna Carta) กฎบัตรอันยิ่งใหญ่ในปี ค.ศ. 1215 ถือเป็นเอกสารของกษัตริย์อังกฤษที่ยอมรับจำกัดอำนาจของตน ตามขอบเขตในกฎบัตรนั้นเหตุการณ์ดังกล่าวแม้จะยังไม่ชัดเจน แต่การยืนยันความสูงสุดของกฎหมายในการปกครองของรัฐมีความชัดเจนตามลำดับจนเมื่อหลังปี ค.ศ. 1688 กษัตริย์อังกฤษยินยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐสภาและกฎหมายที่ใช้บังคับในศาล โดยออกกฎหมาย Bill of Right 1689 จากนั้นอังกฤษก็เข้าสู่ยุคของ “การปกครองโดยกฎหมาย” (Rule of Law) ซึ่งนำมาใช้ในการเรียกร้องต่อสังคมเผด็จการ เพื่อให้การปกครองนั้นเป็นไปตามกฎหมายมิใช่เป็นไปตามอำเภอใจของผู้ปกครอง แนวคิดนี้มีผู้ถ่ายทอดอยู่หลายคน อาทิ<sup>22</sup>

เจมส์ ฮาร์ริงตัน (James Harrington) ที่นำเสนอในหนังสือ The Commonwealth of Oceana ในปี ค.ศ. 1656 ว่ารัฐจะต้องปกครองโดยกฎหมายโดยทุกสังคมร่วมกันทำขึ้น และไม่มีใครที่ถูกปกครองโดยผู้อื่น เว้นแต่โดยกฎหมายเพื่อประโยชน์ร่วมกันให้เป็นการปกครองโดยกฎหมายและมีใช้การปกครองโดยมนุษย์

จอห์น ล็อก (John Locke) ได้พัฒนาแนวคิดทางทฤษฎีของรัฐอิสระที่ปกครองโดยกฎหมาย ซึ่งเกิดจากความยินยอมร่วมกันของสมาชิกในสังคม เพื่อให้เป็นมาตรฐานในการชี้สิ่งใดถูกหรือผิดในการตัดสินข้อพิพาทต่างๆ เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนทั่วไป

แนวคิดการปกครองโดยกฎหมายของอังกฤษมีอิทธิพลต่อนักวิชาการในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีโอกาสแสดงความคิดเห็นในขณะนั้น เช่น ในการปฏิวัติเพื่อความเป็นอิสระจากกษัตริย์อังกฤษของศตวรรษที่ 18

โทมัส เพน (Thomas Paine) กล่าวในหนังสือ Common Sence ในปี ค.ศ. 1776 ว่าประเทศสหรัฐอเมริกามี “กฎหมายเป็นกษัตริย์” ดังนั้น การประกาศอิสรภาพของประเทศสหรัฐอเมริกาทำให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้น และเป็นที่ชัดเจนที่สุดครั้งแรกของรัฐบาลภายใต้กฎหมาย แนวคิดเรื่องการปกครองโดยกฎหมายแพร่หลายไปอย่างมากในประเทศสหรัฐอเมริกา

ส่วนในประเทศเยอรมันก็ตี มีแนวคิดการปกครองโดยกฎหมายเช่นกัน โดยเห็นได้จาก

โยฮันน์ ฟิชเต้ (Johann Fichte) ในช่วงปี ค.ศ. 1762-1814 ได้เสนอความคิดที่ชัดเจนว่ากฎหมายต้องสอดคล้องกับความยุติธรรม และรัฐต้องปกครองตามบทบัญญัติกฎหมาย โดยมีองค์การอิสระที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของรัฐ อันถือได้ว่าเป็นการเสนอ

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 94.

แนวความคิดเรื่อง นิติรัฐ (Rechtsstaat) แต่กลับนิยมในเยอรมันนี่ครั้งแรก โดยคาร์ล ซีโอเคอร์ เวลค์เกอร์ ในหนังสือของเขา ในปี ค.ศ. 1813 และต่อมามีการใช้โดยบารอน ฟอน อาร์ติน (Barron von Aretin) ในปี ค.ศ. 1824 และโรเบิร์ต ฟอน โมล (Robert von Mohl) ความหมายในระยะแรกยังไม่ตรงกันนัก แต่มีแนวโน้มไปในทางที่รัฐต้องปกครองโดยกฎหมาย เหตุผล โดยรัฐนั้นมีขึ้นเพื่อประโยชน์ของเอกชนทุกคน อำนาจของรัฐจะมีขอบเขตจำกัดลงเมื่อเกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพของเอกชน และจะต้องมีองค์กรที่เป็นกลางกำกับดูแลการกระทำที่รัฐต้องปฏิบัติตามกฎหมาย

ฟรีดิช จูเลียต สตาฮ์ล (Friedrich Julius Stahl) ในปี ค.ศ. 1856 เห็นว่า “นิติรัฐ” มีความหมายมากกว่าการปกครองโดยกฎหมาย แต่ต้องเป็นระบบการปกครองโดยกฎหมายที่เน้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน

ออตโต เมเยอร์ (Otto Mayer) ในปี ค.ศ. 1895 สรุปว่า “นิติรัฐ” คือ รัฐที่มีระบบกฎหมายและระบบปกครองที่ดีพร้อมกัน

ซึ่งแนวความคิดของเยอรมันนั้นในเรื่องนิติรัฐได้รับอิทธิพลมาจากศาสตราจารย์ไดซี่ (Dicey) ซึ่งท่านมีความสนใจในความหมายทางสาระ (Material) ของการปกครองโดยกฎหมาย

## 2) สาระสำคัญของหลักนิติธรรม

สาระสำคัญของหลักนิติธรรมนั้นเป็นการปกครองโดยอาศัย “หลักนิติธรรม” หรือการให้กฎหมายเป็นใหญ่โดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐ ให้รับรองป้องกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน และควบคุมกำกับกฎเกณฑ์การปกครองที่เรียกกันว่า “นิติรัฐ” (Legal State) นักประวัติศาสตร์และนักปรัชญาทางการเมืองทางตะวันตกใช้เรียกรัฐประเภทหนึ่ง ซึ่งยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพอันเป็นการพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามแต่เห็นสมควร สิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรและที่บัญญัติรับรองคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ อาจจำแนกได้เป็น 3 ประเภทด้วยกัน คือ<sup>23</sup>

(1) สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร สิทธิเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกที่อยู่ สิทธิในครอบครัว

(2) สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ ได้แก่ ในเรื่องการประกอบอาชีพ การใช้และมรดกทรัพย์สิน สิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา

(3) สิทธิเสรีภาพในการมีส่วนร่วมในการปกครองรัฐ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพในการรวมกลุ่มเพื่อดำเนินการทางการเมืองหรือการเป็นพรรคการเมือง สิทธิในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและสมัครเข้ารับการเลือกตั้ง แต่กรอบของ

<sup>23</sup> กุลพล พลวัน. อ่างแล้ว. หน้า 225-226.



การใช้สิทธิเสรีภาพเป็นที่ยอมรับในสังคมประชาธิปไตยว่าจะจำกัดลงได้แต่โดย “กฎหมาย” เท่านั้น การจำกัดสิทธิโดยกฎหมายอาจมีได้ 2 ลักษณะ คือ

(3.1) ออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิโดยตรง หรือ

(3.2) กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจใช้มาตรการทางปกครองมาจำกัดสิทธิต่างๆก็ได้ ซึ่งการจำกัดสิทธิในลักษณะ (2) จะมีมากขึ้นในรัฐสมัยใหม่ เพราะเป็นไปไม่ได้ที่รัฐจะกำหนดกฎที่สามารถนำมาใช้ได้ในทุกกรณี หลักนิติธรรม (Rule of Law) เป็นหลักการปกครองที่ดำเนินไปอย่างเป็นธรรม โดยกลไกของกฎหมาย การประชุมของสภานิติศาสตร์ระหว่างประเทศ ในปี ค.ศ. 1959 ที่นิวยอร์ก ประเทศอินเดีย

สรุปได้ว่า ในสังคมที่มีหลักนิติธรรมจะต้องสร้างและรักษาไว้ซึ่งเงื่อนไขในการผดุงเกียรติภูมิของมนุษย์ที่เป็นเอกชน มิใช่เพียงการยอมรับในสิทธิมนุษยชนและการเมืองของเอกชนเท่านั้น แต่ต้องเป็นการก่อตั้งเงื่อนไขทางสังคม เศรษฐกิจ การศึกษาและวัฒนธรรม ที่จำเป็นในการพัฒนาบุคลิกภาพของผู้คนให้สมบูรณ์ ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นการแสวงหาเป้าหมายอย่างกว้าง ซึ่งไม่ได้ขยายความถึงหลักสารบัญญัติ (Substance) และวิธีการ (Procedure) ที่จะนำไปสู่เป้าหมายแต่อย่างใด

ไฮน์ริช ซีเดนทอปฟ์ (Heinrich Siedentopf) ในปี ค.ศ. 1993 กล่าวว่าหลักนิติธรรมประกอบด้วยหลักการสำคัญ คือ

- (1) หลักการแบ่งแยกอำนาจเพื่อให้เกิดการถ่วงดุล เพื่อประโยชน์ของประชาชน
- (2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการปกครอง โดยการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องมีฐานตามกฎหมาย ทั้งในแง่สารบัญญัติ และวิธีพิจารณา
- (3) สิทธิพื้นฐาน (Basic Rights) จะต้องได้รับความคุ้มครอง
- (4) สิทธิฟ้องคดีต่อศาล เพื่อให้ทบทวนการกระทำของฝ่ายปกครองในแง่กฎหมาย
- (5) หลักสัดส่วน โดยการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงความจำเป็นให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย การใช้มาตรการที่ได้สัดส่วนกัน และมาตรการที่ใช้ต้องไม่เกิดภาระแก่เอกชนเกินควร
- (6) ความแน่นอนของกฎหมาย เพื่อให้บุคคลมีความเชื่อมั่นในกฎหมายและในสิทธิต่างๆ ที่เกิดจากกฎหมายตลอดจนหลักการคุ้มครองความเชื่อในผลทางกฎหมายและหลักการไม่ใช้มาตรการย้อนหลัง
- (7) ความรับผิดชอบของรัฐ และความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ เพื่อคุ้มครองสิทธิและทรัพย์สินของเอกชนที่ต้องเสียหายจากการใช้อำนาจทางปกครอง

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ได้สรุปหลักนิติธรรมไว้ดังนี้ หลักนิติธรรมมีความหมายหลากหลายมากมาย ตามแต่ความเห็นของแต่ละคน แต่เป็นหลักในการปกครองโดยกฎหมายเพื่อ

ก่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อเอกชน ซึ่งเป็นสมาชิกของรัฐ (Individual interest) และเป็นธรรมต่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ซึ่งรัฐมีหน้าที่ดำเนินการและในการที่ประโยชน์ทั้งสองขัดกัน ต้องคุ้มครองเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม ซึ่งอาจจำแนกสาระสำคัญได้ดังนี้<sup>24</sup>

(1) การปฏิบัติตามกฎหมายของทุกองค์กรของรัฐ (Supremacy of Law) การใช้อำนาจรัฐ (Machinery of Government) โดยแต่ละองค์กรจะมีขอบเขตข้อจำกัดของการใช้อำนาจต่างๆ ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างกันและไม่มีองค์กรใดมีอำนาจเหนือกฎหมาย

(2) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) อันเกี่ยวกับการจัดให้มีกฎหมายและสาระของกฎหมาย

(2.1) ในแง่หลักเกณฑ์ของกฎหมาย โดยทั่วไปเห็นตรงกันว่ากฎหมายต้องมีความชัดเจน (Clarity) เพื่อให้บุคคลเข้าใจความหมายได้ง่าย และสามารถปฏิบัติตนได้ถูกต้อง กฎหมายต้องมีความแน่นอนมั่นคง การเปลี่ยนแปลงกฎหมายบ่อยเกินไปจะทำให้เกิดความสับสน ความแน่นอนของกฎหมายสืบเนื่องมาจากสิทธิหน้าที่เกิดความมั่นคงแห่งสิทธิ (Security of Right)

(2.2) ในแง่สาระของกฎหมาย ย่อมเป็นที่แน่นอนว่ากฎหมายมีขึ้นเพื่อความดีของสังคม และความดีย่อมทำให้สมาชิกทุกคนได้รับประโยชน์ และการปฏิบัติที่เป็นธรรม สาระจึงสะท้อนถึงการคุ้มครองฝ่ายที่อ่อนแอมิให้ต้องเสียเปรียบ แนวคิดที่จะให้ทุกคนมีความเท่าเทียมกัน จึงเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

(2.3) การชอบด้วยกฎหมายของการปกครอง (Administrative Legality) ในการปกครองของฝ่ายปกครองจะได้รับมอบอำนาจในการใช้บังคับกฎหมาย เพื่อรักษาประโยชน์ของมหาชนและเอกชน ดังนั้น การใช้อำนาจต้องมีกฎหมายมาเป็นฐานในการใช้อำนาจและต้องให้สอดคล้องเจตนารมณ์ของกฎหมาย การใดที่ทำไปไม่ถูกต้องตามกฎหมายจะต้องถูกเปลี่ยนแปลงเพื่อให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือก่อให้เกิดความรำคาญ เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเอกชน ซึ่งต้องอยู่ในการตรวจสอบทางกฎหมายและการตรวจสอบทางการเมือง ตามลักษณะที่เหมาะสม

(2.4) ความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) ประชากรรัฐนั้นจัดตั้งขึ้นเพื่อรักษาคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน โดยเอกชนทุกคนจะต้องเสียสละทรัพย์สินอันเป็นภาษีให้แก่การดำเนินงานของรัฐ แต่ตั้งอยู่บนพื้นฐานความเท่าเทียมกันในการเสียสละ มิใช่สูญเสียประโยชน์เฉพาะตนมากกว่าผู้อื่น ดังนั้นในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐก่อให้เกิดความเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ รัฐจะต้องชดใช้เยียวยาความเสียหายนั้น ตามที่เป็นธรรมในภาวะที่อยู่ร่วมกันเป็นประชากรรัฐ

<sup>24</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: สื่อปัญญา. หน้า 11-29.

(2.5) การมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล การฟ้องคดีต่อศาลในกรณี que se vieni quae speramus หมายความว่ามีการใช้อำนาจผิดกฎหมาย ในสังคมที่ยึดหลักนิติธรรม โดยศาลจะต้องตรวจสอบภายในขอบเขตความถูกต้องทางกฎหมายเท่านั้น ความเหมาะสม (Expedienty) ของการดำเนินการนั้นเป็นความรับผิดชอบขององค์กรใช้อำนาจนั้นโดยตรง

(2.6) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน การพิทักษ์สิทธิเสรีภาพพื้นฐานของเอกชนเป็นเป้าหมายในการจัดการปกครองเป็นประชาธิปไตย

### 2.4.3 หลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่สำคัญและนับว่าเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญมากในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ ซึ่งมีผลต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้นๆ ภาระหน้าที่ของหลักความได้สัดส่วนมิได้มีความมุ่งหมายเฉพาะเพื่อการจำกัดการแทรกแซงของรัฐเท่านั้น แต่หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ นอกจากนี้หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักที่มีความสำคัญสำหรับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพด้วย

สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนมีหลักการที่เป็นสาระสำคัญอยู่ 3 หลัก ได้แก่ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ ดังนี้<sup>25</sup>

1) หลักความเหมาะสม หมายถึง มาตรการนั้นเป็นมาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ได้ มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมหากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุ วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปด้วยความยากลำบาก

2) หลักความจำเป็น หมายถึง มาตรการหรือวิธีการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ได้และเป็นมาตรการหรือวิธีการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด ดังนั้น หากมีมาตรการอื่นที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์นั้นได้และมีผลกระทบน้อยกว่า มาตรการที่รัฐได้เลือกใช้ ในกรณีนี้ย่อมถือได้ว่ามาตรการที่รัฐนำมาใช้มิได้เป็นไปตามหลักความจำเป็น

3) หลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ หลักความได้สัดส่วนอย่างแคบเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมีความหมายว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่าง

<sup>25</sup> เครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย. (2554). *ความเป็นอิสระของ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กับมาตรการกำกับดูแลฝ่ายบริหารของเทศบาล ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.pub-law.net/publaw/printPublaw.aspx?ID=1585>. [2555, พฤษภาคม 8].

วิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ กล่าวคือ เป็นการพิจารณาความสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบกับผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดจากการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว จะต้องอยู่ในสัดส่วนที่สมดุลกัน แต่หากกระทบสิทธิของปัจเจกบุคคลมากแต่ประโยชน์สาธารณะที่เกิดจากการกระทบ สิทธิดังกล่าวมีเพียงเล็กน้อยเท่านั้น กรณีนี้ย่อมถือว่าไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

เมื่อใช้หลักการดังกล่าวนี้ บังคับแก่กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายปกครองจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรแล้ว จะได้ผลดังต่อไปนี้

1) มาตรการที่กฎหมายออกมาใช้บังคับหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสม คือสามารถดำเนินการให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์ จะให้มันเกิดขึ้นได้จริงๆ ในทางปฏิบัติหากกฎหมายมีเจตนารมณ์จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น เช่น ป้องกันการผูกขาดตัดตอนในทางเศรษฐกิจ มาตรการนั้นก็จะต้องอยู่ในวิสัยที่จะขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันได้จริงๆ หากกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนในด้านใดด้านหนึ่ง เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มาตรการนั้นก็จะต้องอยู่ในวิสัยที่จะป้องกันมิให้เกิดการจลาจล สงครามกลางเมือง หรือความเสื่อมทรามทางจิตใจของประชาชนได้จริง กฎหมายที่กำหนดมาตรการซึ่งไม่สามารถทำให้จุดประสงค์ได้โดยแน่แท้ ย่อมเป็นกฎหมายที่ไม่เหมาะสม จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญซึ่งตามหลักการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้ก็เฉพาะแต่เพียงเพื่อจัดระเบียบแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านั้น มิให้การใช้สิทธิเสรีภาพของราษฎรคนหนึ่งกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของราษฎรคนอื่นๆ หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะเท่านั้น

ดังนั้น การตรากฎหมายบังคับให้ราษฎรกระทำการใดหรือห้ามมิให้ราษฎรกระทำการใด หรือให้อำนาจฝ่ายปกครองออกคำสั่งบังคับให้ราษฎรกระทำการใดหรือให้อำนาจฝ่ายปกครองออกคำสั่ง โดยที่สิทธิเสรีภาพของผู้อื่นหรือประโยชน์สาธารณะไม่ได้รับการคุ้มครองให้ดีขึ้นมาเลย จึงเท่ากับเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งกระทำมิได้

2) มาตรการที่กฎหมายออกมาใช้บังคับหรือให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้ กล่าวคือ เป็นมาตรการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด

ดังนั้น ถ้าหากมีมาตรการที่สามารถทำให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้เกิดขึ้น เกิดขึ้นได้จริงๆ หลายมาตรการแต่ละมาตรการมีระดับแห่งความรุนแรงมากน้อยแตกต่างกัน

และฝ่ายนิติบัญญัติเลือกที่จะกำหนดมาตรการที่รุนแรงกว่า กฎหมายนั้นย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยแล้ว รัฐจะเรียกร้องให้ราษฎรจำต้องยอม สละสิทธิเสรีภาพของตนได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นหรือเพื่อ ประโยชน์สาธารณะเท่านั้น การจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินกว่าความจำเป็นแก่การดำเนินการ ให้บรรลุจุดมุ่งหมายที่ตั้งไว้ ย่อมเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรการที่กฎหมายออกมาใช้บังคับหรือให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องเป็น มาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะยิ่งกว่าที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ให้แก่เอกชนหรือแก่สังคมโดยส่วนรวม โดยกฎหมายที่กำหนดมาตรการซึ่งแม้จะเหมาะสมและ จำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุจุดมุ่งหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตั้งไว้ก็ตาม แต่หากได้ลงมือบังคับการ ให้เป็นไปตามนั้นแล้ว จะยังให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือแก่สังคมเป็นอย่างมาก เมื่อเปรียบเทียบกับ ประโยชน์สาธารณะที่จะพึงได้รับก็น่าจะถือว่าเป็นกฎหมายที่ตราขึ้น โดยฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตาม บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ