

อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูล : ศึกษาเปรียบเทียบระหว่าง
การดำเนินคดีอาญาทั่วไปกับการดำเนินคดีตาม
พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ

โสพล เมฆอาภา

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

พ.ศ. 2552

**Special Authority in Accessing Information : Comparison Study between
Ordinary Criminal Cases and Cases proceeded
under the Special Investigation Act**

SOROS MAKARPA

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School, Dhurakij Pundit University

2009

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ท่านศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร ที่กรุณาได้รับเป็นประธานวิทยานิพนธ์ให้กับผู้เขียน ทั้งๆที่เป็นช่วงเวลาซึ่งท่านต้องมามีภารกิจทางด้านวิชาการมากมาย และผู้เขียนยังได้รับความกรุณาจากท่านในเรื่องคำชี้แนะต่างๆที่มีคุณค่าอย่างมากตลอดช่วงเวลาที่ผ่านมา ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล เป็นอย่างยิ่งที่ได้ให้ความกรุณาในการรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาให้กับผู้เขียน และยังได้ให้ข้อแนะนำที่มีค่ามากมาย โดยเฉพาะในด้านความคิดและประเด็นปัญหาที่น่าสนใจต่างๆในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแก่ผู้เขียน นอกจากนี้ท่านยังได้กรุณาแนะนำแนวทางเพื่อเพิ่มเติมวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จนสามารถดำเนินไปตามแผนการทำงานได้อย่างลุล่วง ทั้งยังได้กรุณาตรวจทานแก้ไขข้อบกพร่องจนกระทั่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ท่านรองศาสตราจารย์ อุดม รัฐอมฤต ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ ทั้งได้ช่วยกรุณาแนะนำเอกสาร บทความ ใให้กับผู้เขียน และช่วยชี้แนะให้ผู้เขียนเกิดแง่มุมในการศึกษาที่ถูกต้องชัดเจนและครบถ้วน ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ธาริต เพ็งดิษฐ์ ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ และให้ความช่วยเหลือผู้เขียนเมื่อเกิดความสับสนในการพัฒนารูปแบบทางความคิด อีกทั้งยังเป็นผู้แนะนำให้ผู้เขียนแสดงความคิดเห็นทางวิชาการจนปรากฏเป็นผลสำเร็จของวิทยานิพนธ์ในครั้งนี้

ผู้เขียนขอขอบคุณ พี่ๆน้องๆ บัณฑิตวิทยาลัย นิติศาสตร์และฝ่ายวิทยานิพนธ์ ที่ให้ความช่วยเหลือด้านการงานและให้คำปรึกษาเกี่ยวกับขั้นตอนการจัดทำวิทยานิพนธ์จนสำเร็จลุล่วงด้วยดี ผู้เขียนขอขอบคุณบรรดาเพื่อนๆ ที่เป็นกำลังใจให้กันและกันเสมอมา รอยยิ้มและความหวังดี จนทำให้ผู้เขียนอยู่ในสภาพที่พร้อมสำหรับการทำวิทยานิพนธ์

สูงสุดเหนือสิ่งอื่นใด ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ คุณปู่คุณย่า คุณพ่อคุณแม่ ของผู้เขียน ที่ให้ความรัก ความเมตตา ความห่วงใย และกำลังใจที่มีให้ในวันที่ผู้เขียนเป็นทุกข์ ผู้เขียนขอขอบพระคุณ สมาชิกครอบครัวเมฆอาภา ที่ให้คำปรึกษา ประสพการณ์ แก่ผู้เขียนในเรื่องต่างๆมาโดยตลอด จนทำให้ผู้เขียนสามารถจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้สำเร็จลุล่วง

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีข้อบกพร่องอยู่บ้างไม่ว่าจะมากหรือน้อยประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับและจะนำไปพัฒนา เพื่อให้เกิดผลสำเร็จสมบูรณ์ในภายหน้าเมื่อมีโอกาสต่อไป

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	๖
กิตติกรรมประกาศ	๗
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมา และ ความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	4
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	5
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	6
2. แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคล ...	7
2.1 พัฒนาการของสิทธิในความเป็นส่วนตัว	7
2.2 ทฤษฎีพื้นฐานของสิทธิในความเป็นส่วนตัว	11
2.2.1 สิทธิความเป็นส่วนตัว ในทางปรัชญา	11
2.2.2 สิทธิความเป็นส่วนตัว ในทางศาสนา	12
2.2.3 สิทธิความเป็นส่วนตัว ในทฤษฎีกฎหมาย	12
2.3 ขอบเขตการแบ่งแยกระหว่าง ความเป็นส่วนตัว และ สาธารณะ	14
2.4 สาระสำคัญและสถานะของหลักความพอสมควรแก่เหตุ	19
2.4.1 ในระบบกฎหมาย เยอรมัน	20
2.4.2 ในระบบกฎหมาย สหภาพยุโรป	24
2.4.3 ในระบบกฎหมาย ไทย	28
2.4 แนวความคิดว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์	30
2.4.1 พัฒนาการทางปรัชญาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์	32

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

2.4.2	ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	35
2.4.3	สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในสังคมไทย	37
2.5	ข้อมูลส่วนบุคคลในฐานะสิ่งบ่งชี้สำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์	41
2.6	การเข้าถึงข้อมูลในการสอบสวนคดีอาญาและการคุ้มครองสิทธิตามหลักสากล	45
2.6.1	ปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	47
2.6.2	อนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติเพื่อต่อต้านการทุจริต	48
2.6.3	อนุสัญญาของสภายุโรปเรื่องกฎหมายอาญาว่าด้วยการทุจริต	49
2.6.4	อนุสัญญาขององค์การนาาประเทศแห่งภาคพื้นอเมริกา เพื่อต่อต้านการทุจริต	50
3.	การเข้าถึงข้อมูลในการสอบสวนคดีอาญาตามกฎหมายต่างประเทศ	52
3.1	ประเทศสหรัฐอเมริกา	53
3.1.1	เหตุในการร้องขอให้เข้าถึงข้อมูลการสนทนา	54
3.1.2	ความผิดทางอาญาที่อาจถูกเข้าถึงข้อมูล	55
3.1.3	องค์กรที่มีอำนาจอนุญาตให้เข้าถึงข้อมูลและการพิจารณาคำร้องขอ ในการเข้าถึงข้อมูล	56
3.1.4	การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูลการสนทนา	58
3.2	ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน	60
3.2.1	การดำเนินคดีอาญาทั่วไป	60
	1) เหตุในการเข้าถึงข้อมูล	62
	2) ความผิดทางอาญาที่อาจถูกเข้าถึงข้อมูล และกระบวนการใช้อำนาจ ..	62
	3) การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูล	65
3.2.2	การดำเนินคดีตามกฎหมายอื่น	66
	1) เงื่อนไขของการใช้อำนาจการเข้าถึงข้อมูล	67
	2) ความผิดทางอาญาที่ทำการเข้าถึงข้อมูล	68
	3) องค์กรที่มีอำนาจอนุญาตให้เข้าถึงข้อมูล	69

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

4) กระบวนการในการขออนุมัติในการใช้มาตรการเข้าถึงข้อมูล	69
5) โทษทางอาญากรณีมีผู้ฝ่าฝืนและโทษปรับทางปกครอง	73
3.3 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส	74
3.3.1 การดำเนินคดีอาญาทั่วไป	75
1) ลักษณะของการใช้อำนาจการเข้าถึงข้อมูล	75
2) กระบวนการใช้อำนาจในการเข้าถึงข้อมูล	76
3) การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูล	77
3.3.2 การดำเนินคดีตามกฎหมายอื่น	78
1) อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพ ขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 ของการตรวจตราการเข้าถึงข้อมูล	78
1.1) ความหมายและสาระสำคัญ	79
1.2) เจเนอไซของการใช้อำนาจการเข้าถึงข้อมูล	80
1.2.1) ทศนะของศาลฝรั่งเศส	81
1.2.2) ทศนะของศาลยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพ	83
2) รัฐบัญญัติเลขที่ 91-646 ลงวันที่ 10 กรกฎาคม 1991 ว่าด้วย การคุ้มครองความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม	85
2.1) ความหมายและสาระสำคัญ	85
2.2) เจเนอไซของการใช้อำนาจการเข้าถึงข้อมูล	85
2.3) องค์กรที่มีอำนาจอนุญาตให้เข้าถึงข้อมูล	87
3.4 ประเทศสาธารณรัฐแอฟริกาใต้	89
3.4.1 ฐานความผิดทางอาญาที่อาจถูกเข้าถึงข้อมูล	90
3.4.2 เจเนอไซของการร้องขอตามบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูล	91
3.4.3 องค์กรที่มีอำนาจให้เข้าถึงข้อมูลและกระบวนการใช้อำนาจ ในการเข้าถึงข้อมูล	92

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

3.4.4 การเก็บรักษาข้อมูลข่าวสารที่ได้รับจากการเข้าถึงข้อมูล	95
3.4.5 การรับฟังพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญา ..	96
4. การเข้าถึงข้อมูลในการสอบสวนคดีอาญาตามกฎหมายไทย	100
4.1 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงข้อมูล	100
4.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	101
1) หลักเกณฑ์ทั่วไปของการเข้าถึงข้อมูล	101
2) การใช้เหตุอันควรสงสัยตามสมควรในการเข้าถึงข้อมูล	102
3) ผู้มีอำนาจเข้าถึงข้อมูล	102
4) วิธีการเข้าถึงข้อมูล	102
5) การจัดเก็บข้อมูลที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูล	103
4.1.2 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547	103
1) หลักเกณฑ์ทั่วไปของการเข้าถึงข้อมูล	105
2) การใช้เหตุอันควรสงสัยตามสมควรในการเข้าถึงข้อมูล	106
3) ผู้มีอำนาจเข้าถึงข้อมูล	106
4) วิธีการเข้าถึงข้อมูล	107
5) การจัดเก็บข้อมูลที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูล	108
4.1.3 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	109
1) หลักเกณฑ์ทั่วไปของการเข้าถึงข้อมูล	109
2) การใช้เหตุอันควรสงสัยตามสมควรในการเข้าถึงข้อมูล	110
3) ผู้มีอำนาจเข้าถึงข้อมูล	111
4) วิธีการเข้าถึงข้อมูล	112
5) การจัดเก็บข้อมูลที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูล	112
4.2 ปัญหาและความจำเป็นที่ต้องมีมาตรการในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสาร	113
4.2.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปของการเข้าถึงข้อมูล	113

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

4.2.2 ความจำเป็นของพยานหลักฐานที่ได้จากการใช้อำนาจพิเศษ ในการเข้าถึงข้อมูล	115
4.2.3 ลักษณะของฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่สมควรใช้ อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูล	117
4.2.4 ปัญหาของผู้มีอำนาจและวิธีการเข้าถึงข้อมูล	119
4.2.5 ปัญหาการใช้เหตุอันควรสงสัยตามสมควรในการเข้าถึงข้อมูล	120
4.2.6 ปัญหาการใช้ขอบเขตในการเข้าถึงข้อมูลตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ	122
4.2.7 ปัญหาการจัดเก็บและเปิดเผยข้อมูลที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูล	124
4.2.8 ปัญหาการทำลายข้อมูลข่าวสารที่ไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด	125
4.3 การตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจของการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสาร	127
4.3.1 ปัญหาในเรื่องแนวทางของอัยการในการตรวจสอบการเข้าถึงข้อมูล	127
4.3.2 ปัญหาในเรื่องแนวทางของศาลอาญาในการตรวจสอบการเข้าถึงข้อมูล ...	129
4.3.3 ปัญหาในเรื่องการถ่วงดุลอำนาจในการตรวจสอบการเข้าถึงข้อมูล	131
4.3.4 ปัญหาในเรื่องกรอบการใช้ดุลพินิจในการตรวจสอบการเข้าถึงข้อมูล	133
4.4 วิเคราะห์ความไม่ชัดเจนในทางปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย	135
4.4.1 ปัญหาความแตกต่างของการเข้าถึงข้อมูลกับการค้นหาข้อมูล	136
4.4.2 ปัญหาความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าหน้าที่ในการเข้าถึงข้อมูล	138
4.4.3 ปัญหาในเรื่องการแสดงความบริสุทธิ์ก่อนการเข้าถึงข้อมูล	140
5. บทสรุป และ ข้อเสนอแนะ	143
5.1 บทสรุป	143
5.2 ข้อเสนอแนะ	146
บรรณานุกรม	149

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
ภาคผนวก	163
1. FEDERAL RULES OF EVIDENCE ARTICLE X. CONTENTS OF WRITINGS, RECORDINGS, AND PHOTOGRAPHS	164
2. U.S. Supreme Court BERGER v. NEW YORK, 388 U.S. 41 (1967)	167
3. กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการดักฟังทางโทรศัพท์ของประเทศสหรัฐอเมริกา (Model Electronic Surveillance Act 1996)	170
4. ฐานความผิดทางอาญาของสหรัฐอเมริกาที่ใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลได้ (The Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968)	180
ประวัติผู้เขียน	183

หัวข้อวิทยานิพนธ์	อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูล : ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างการดำเนินคดีอาญาทั่วไปกับการดำเนินคดีตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ
ชื่อผู้เขียน	โสฬส เมฆอาภา
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2551

บทคัดย่อ

การค้นหาความจริงเป็นส่วนที่สำคัญที่สุดของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพราะหากวิธีการค้นหาความจริงในคดีไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ กล่าวคือไม่สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดที่แท้จริงมาลงโทษได้ หรือมีการลงโทษผู้บริสุทธิ์ หรือไม่อาจบังคับการลงโทษได้อย่างถูกต้องและรวดเร็ว ก็ถือได้ว่าเป็นการดำเนินกระบวนการยุติธรรมที่ล้มเหลว

ในปัจจุบันความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ทำให้ลักษณะการกระทำความผิดเปลี่ยนแปลงไปมาก อาชญากรพัฒนาคนเป็นผู้มีความรู้ มีบุคลิกภูมิฐาน และสามารถใช้เทคโนโลยีในการกระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ในทางกลับกันหน่วยงานที่รับผิดชอบส่วนใหญ่ขาดเครื่องมือที่ทันสมัย ทั้งยังมีข้อจำกัดทางกฎหมาย เป็นผลให้การกระทำความผิดยากต่อการค้นหาความจริง

รูปแบบในการค้นหาความจริงอาจจะมีแตกต่างกันไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำความผิดที่แตกต่างกัน แต่การค้นหาความจริงที่มีประสิทธิภาพ คือการใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูล แม้ว่าจะมีการตรากฎหมายเรื่องการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารในพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายพิเศษ เช่น พระราชบัญญัติการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 แต่หลักเกณฑ์เรื่องการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารดังกล่าวก็ไม่ได้อยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การตรากฎหมายดังกล่าวจึงไม่อาจแก้ไขปัญหาอาชญากรรมได้อย่างครบถ้วน เพราะตราบไต่ที่ยังไม่นำหลักเกณฑ์เรื่องอำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พยานหลักฐานที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูลนั้น ก็จะขาดการรองรับทางกฎหมาย และเป็นพยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งทำให้การค้นหาความจริงมีอุปสรรค

จากการศึกษาวิเคราะห์พบว่าอำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารไม่มีหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นหลักของประเทศ จึงทำให้การดำเนินคดีอาญาทั่วไปที่มีความสำคัญและมีความจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึง

ข้อมูลการสื่อสารไม่อาจกระทำได้ เช่น ความผิดฐานกบฏ (ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 113) ความผิดฐานเอาตัวบุคคลเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าไถ่ (ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 313) หรือหากจะให้ฐานความผิดดังกล่าวใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลได้ ก็จำเป็นต้องอยู่ในเขตอำนาจของการดำเนินคดีหรือได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติพิเศษนั้นๆก่อนเสมอ กรณีจึงเป็นอุปสรรคในการค้นหาพยานหลักฐานตามหลักการค้นหาความจริงของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นอย่างมาก

หลักเกณฑ์การใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลของการดำเนินคดีอาญาทั่วไปนั้น จะต้องเป็นกรณีที่ไม่มีหนทางอื่นใดที่จะได้ข้อมูลเหล่านั้น และต้องมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าหากได้กระทำการเข้าถึงข้อมูลเหล่านั้นแล้วย่อมได้รับข้อมูลนั้นๆอย่างแน่แท้ โดยการเข้าถึงข้อมูลนี้จะต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างสิทธิที่จะกระทำการเข้าถึงข้อมูลซึ่งเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลด้วย เพื่อเป็นหลักประกันของผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิว่าการกระทำนี้ไม่ได้เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ อย่างไรก็ตาม แม้จะมีความจำเป็นที่ต้องใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลของการดำเนินคดีอาญาทั่วไป หลักเกณฑ์ดังกล่าวก็สมควรมีวิธีการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจของผู้บังคับใช้กฎหมาย กล่าวคือ มีการตรวจสอบภายในที่จะต้องควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจตามลำดับบังคับบัญชา เพื่อป้องกันไม่ให้การใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบมาจากภายในองค์กร และมีการตรวจสอบภายนอกที่เป็นการให้อำนาจองค์กรอื่นหรือหน่วยงานอื่นนอกเหนือจากองค์กรที่ถูกตรวจสอบเป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจหน้าที่ว่าถูกต้องตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้หรือไม่ โดยองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบต้องไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาขององค์กรที่ถูกตรวจสอบ

ดังนั้น หากมีหลักเกณฑ์เรื่องอำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าว ย่อมส่งผลให้ประสิทธิภาพในการค้นหาพยานหลักฐานเพิ่มมากขึ้น กระบวนการยุติธรรมทางอาญามีเสถียรภาพ กรณีจึงสมควรอย่างยิ่งที่จะนำเรื่องอำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูล รวมทั้งวิธีการตรวจสอบ มาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอันเป็นการดำเนินคดีอาญาทั่วไป เพื่อเสริมประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายให้ดียิ่งขึ้นตามยุคสมัยต่อไป

Thesis Title	Special Authority in Accessing Information : Comparison Study between Ordinary Criminal Cases and Cases proceeded under the Special Investigation Act
Author	Soros Makarpa
Thesis Advisor	Associate Prof. Dr. Surasak Likasitwatanakul
Department	Law
Academic Year	2008

ABSTRACT

To pursue the truth in a criminal case is the most important step in juridical system because the way to pursue the truth must be efficient enough to get the right criminal to be punished with an appropriate and immediate manner and not to get the innocent one lest the juridical system should be considered to fail.

At present, technological advancement changes natures of crimes and criminals. Many criminals are well-educated; have fancy personalities; and can use technology to commit crimes in efficient ways. On the contrary, almost all departments relevant to crime investigation and suppression lack of tools or instruments with high-technology. In addition to this weakness, laws themselves may hinder the investigation.

The form of investigation can vary accordingly to the nature of each type of crime. An effective investigation regime is to rely on 'Special Investigation' authorities to get access to important information. Although many acts concerning special laws such as Narcotics Control Act B.E.2545, Anti-Money Laundry Act B.E.2542 and the Special Investigation Act B.E. 2547 were enacted, the criteria of information access have not been included in the Criminal Procedure Code. Hence, the activation of the aforementioned laws cannot be said to be the ultimate solution to existing crimes. As long as the code of criminal procedure does not include the criteria of information access, all the evidences derived from such information will never be approved by the laws and become illegitimate. This is a problem to hinder investigation process.

From the analysis, it is apparent that the code of criminal procedure, which is the juridical bible of the country, has not prescribed any particular regime or criteria of application or

evaluation to special authority of information access. As a result, the investigation in an ordinary criminal case that needs the authority of information access such as a case of treason-felony (Criminal Code, Article 113), and a case of kidnap for ransom (Criminal Code, Article 313). In order to exercise special authority of information access for the investigation of such crimes, the exercise of the authority must be carried out within the limit of the investigative authority of the case or with the consent from the commission prescribed by the relevant special Act prior to the action. This is an important obstacle to the investigation in juridical process.

The authority in accessing information can be exercised in the investigation of an ordinary criminal case when there is no other way to get such information, and there must be reasonable grounds to believe that the information will be obtained by dint of the access. In the exercise of such power, the contradictory matter between public interest and personal right and liberty should be considered in order to assure the person whose rights have been violated that the activity is legitimate. However, although the authority in accessing information is essential for the investigation of an ordinary criminal case, there must be a check-and-balance system for the department that exercises the laws. Intrinsic check of the exercise of the authority in the rank order can prevent the abusive exercise of the authority in the department. Meanwhile, extrinsic check, which is carried out by an authorized organization other than and not under the control of the department, can measure whether the authority has been exercised in a legitimate manner or not.

Provided that there is a criterion concerning the special authority of information access, the investigation for witnesses and evidences in a criminal case will be more efficient and effective than ever; likewise, the juridical system will be more consistent than ever. Therefore, the code of criminal procedure should include the matter concerning the authority of information access for the investigation of an ordinary criminal crime as well as the inspection and evaluation of such exercise. This will enhance efficiency and effectiveness of law enforcement in the future.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบัน โลกได้มีการเปลี่ยนแปลงไปมาก ไม่ว่าจะเป็นเทคโนโลยี สังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม และการเมือง สิ่งเหล่านี้ทำให้สังคมเกิดความยุ่งยากซับซ้อน ไม่เพียงแต่ประชาชนทั่วไปเท่านั้น ที่ได้รับความเปลี่ยนแปลง อาชญากรก็เช่นเดียวกันที่พัฒนาตนเป็นผู้มีความรู้ เป็นผู้มีความรู้ และใช้เทคนิคเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพในการกระทำความผิด มีเครือข่ายองค์กรอาชญากรรมทั้ง ภายในและภายนอกประเทศ รวมทั้งในบางครั้งก็มีกลุ่มผู้มีอิทธิพลอยู่เบื้องหลัง เป็นผลให้การกระทำความผิดดังกล่าวยากต่อการตรวจสอบความจริงค้นหาความจริง

การค้นหาความจริงในทางอาญาจะอยู่ภายใต้หลักของการตรวจสอบ กล่าวคือ เจ้าพนักงานและศาลมีหน้าที่ที่จะต้องตรวจสอบความจริงในเรื่องที่กล่าวหา และเจ้าพนักงานและศาลมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบค้นหาความจริงได้โดยปราศจากข้อผูกมัดใด ๆ อันแตกต่างจากคดีแพ่ง ซึ่งใช้ หลักความตกลง กล่าวคือ ในคดีแพ่งคู่ความเป็นผู้กำหนดข้อเท็จจริงที่จะนำมาตีแผ่ในศาล รวมทั้งกำหนดข้อเท็จจริงที่จะต้องพิสูจน์กันด้วยพยานหลักฐานด้วย²

อาจจะกล่าวได้ว่าวิธีการค้นหาความจริงนั้น ได้อยู่ในระบบกฎหมายของเรามาแล้ว โดยเฉพาะกฎหมายลักษณะพยาน ดังเช่นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 229 ที่วางหลักไว้ว่า ศาลเป็นผู้สืบพยานจะสืบในศาลหรือนอกศาลก็ได้ แล้วแต่เหตุการณ์ตามลักษณะของพยาน กล่าวคือ มาตรานี้ได้กำหนดให้การสืบพยานเป็นหน้าที่ของศาล ส่วนโจทก์และจำเลยเป็นเพียงผู้กระตุ้นให้มีการสืบพยานเท่านั้น โดยการจ้างหรือขอให้ศาลสืบพยานหลักฐานต่าง ๆ และ มาตรา 288 ที่ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ระหว่างพิจารณาโดยผลการหรือคู่ความฝ่ายใดร้องขอ ศาลมีอำนาจสืบพยานเพิ่มเติมจะสืบเองหรือส่งประเด็นก็ได้ นั้น ก็เป็นการกำหนดหน้าที่ในการตรวจสอบค้นหาความจริงของศาลนั่นเอง

การค้นหาความจริงในคดีอาญา จึงเป็นส่วนที่สำคัญที่สุดของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพราะหากวิธีการค้นหาความจริงดังกล่าว ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอโดยไม่สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดที่แท้จริงมาลงโทษได้ หรือมีการลงโทษผู้บริสุทธิ์ หรือไม่อาจบังคับการลงโทษได้

² คณิต ณ นคร. (2549). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 403.

อย่างถูกต้องและรวดเร็วก็ถือได้ว่าเป็นการดำเนินกระบวนการยุติธรรมที่ลัมเหลว³ และต้องยอมรับว่าการค้นหาความจริงจะกระทำได้เต็มที่ ส่วนหนึ่งย่อมมาจากความร่วมมือกันอย่างจริงจังระหว่างองค์กรทุกส่วนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ที่จะช่วยเหลือกันให้ข้อเท็จจริงในคดีอาญาปรากฏชัด

รูปแบบในการค้นหาความจริงอาจมีความแตกต่างกันไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำความคิดที่แตกต่างกัน ดังนั้นเพื่อป้องกันผู้กระทำความผิดที่มีความเชี่ยวชาญในการกระทำความคิด และสามารถทำลายหลักฐานที่จะทำให้ตนเองต้องถูกดำเนินคดีได้อย่างง่ายดาย จึงสมควรที่จะมีมาตรการพิเศษเรื่องการเข้าถึงข้อมูลขึ้นมาโดยเฉพาะ แต่เป็นที่น่าสนใจคือ แม้ว่าจะมีการบัญญัติหลักเกณฑ์พิเศษในเรื่องการเข้าถึงข้อมูลขึ้นมาแล้วก็ตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ไม่ได้อยู่ในประมวลกฎหมายอาญาหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่กลับอยู่ในกฎหมายพิเศษต่างๆที่เป็นพระราชบัญญัติ ดังเช่น พระราชบัญญัติการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 , พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 เป็นต้น

อย่างไรก็ตามแม้ว่ารูปแบบในการค้นหาความจริงที่มีประสิทธิภาพคือการใช้มาตรการพิเศษเรื่องการเข้าถึงข้อมูล แต่กรณีดังกล่าวก็อาจไม่มีประสิทธิภาพเท่าใดนัก トラบใดที่ยังไม่นำหลักเกณฑ์เรื่องการเข้าถึงข้อมูลมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายที่เป็นหลักของประเทศ เพราะการเข้าถึงข้อมูลก็เป็นส่วนหนึ่งของการค้นหาพยานหลักฐาน หากเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยขาดการรองรับทางกฎหมาย ย่อมเป็นพยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กล่าวอีกนัยหนึ่งคือถ้าเป็นกรณีที่เป็นกรเข้าถึงข้อมูลตามพระราชบัญญัติทั่วไปที่หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลแล้ว ก็เป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายโดยเฉพาะในประเด็นที่ว่า ข้อความที่ได้จากการเข้าถึงข้อมูลจะนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานได้หรือไม่นั้นก็ขึ้นอยู่กับว่ากรณีจะมีความน่าเชื่อถือ (RELIABLE) หรือไม่เป็นขั้นตอนที่ศาลจะให้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐาน (WEIGHTING OF EVIDENCE) ในภายหลัง แต่ถ้าการกรเข้าถึงข้อมูลโดยอ้างประมวลกฎหมายอาญาหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งไม่มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลนั้น จึงกลายเป็นการกระทำไปโดยไม่มีกฎหมายรับรอง การเข้าถึงข้อมูลจะเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นความผิดแม้ว่าจะไม่มีวิธีการอื่นใดที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพมากกว่านี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าในปัจจุบันการเข้าถึงข้อมูลตามกฎหมายหลักของประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายรับรองเอาไว้ชัดเจนว่าสามารถกระทำได้ หากคงมีเพียงแต่กฎหมายรองที่เป็น

³ สำนักงานอัยการสูงสุด. (2539, มีนาคม). “รายงานการเสวนาทางวิชาการ เรื่อง กระบวนการยุติธรรม จะร่วมมือกันค้นหาความจริงในคดีอาญาได้อย่างไร.” *บทบัญญัติ*, 52, 1. หน้า 111.

พระราชบัญญัติเท่านั้น การเยียวยาและช่วยเหลือผู้ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจึงเป็นไปได้ยาก

ในทางปฏิบัติของศาลไทย ได้มีการเสนอพยานหลักฐานที่ได้จากการเข้าถึงข้อมูลทั้งในรูปแบบระหว่างการสนทนาต่อหน้า โดยที่คู่สนทนาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ทราบและไม่ได้ให้ความยินยอม รวมทั้งระหว่างการสนทนาด้านทางโทรศัพท์และการสนทนาในสถานที่อื่นๆ เช่น การเสนอพยานหลักฐานที่ได้จากการบันทึกเทปสนทนาทางโทรศัพท์และการสนทนาในร้านอาหาร ซึ่งกรณีเป็นเรื่องที่โจทก์ได้เสนอต่อศาลทั้งการเปิดเทปให้พยานบุคคลยืนยันว่าเป็นเสียงจำเลย และมีการถอดข้อความสนทนาในเทปเสนอต่อศาลด้วย คำวินิจฉัยของศาลฎีกาส่วนหนึ่งระบุว่า “ถ้าจำเลยไม่ได้เข้ามาพบกับโจทก์ร่วมจริง แล้วโจทก์ร่วมจะเอาถ้อยคำของจำเลยที่เปล่งเสียงได้ตอบอันเป็นข้อความที่ยึดยามาบันทึกไว้ได้อย่างไร” การที่จำเลยได้แย้งว่าโจทก์ร่วมทำหลักฐานเท็จปรักปรำจำเลยนั้นก็ไม่มีน้ำหนัก เพราะจำเลยไม่ได้แสดงให้เห็นได้ว่าใครที่สามารถเลียนเสียงให้เหมือนกับเสียงของจำเลย และเรื่องที่เกิดขึ้นระหว่างโจทก์ร่วมกับจำเลยก็เป็นเรื่องที่ตรงกันกับที่โจทก์นำสืบจึงยากที่จะปรับปรุงแต่งปรักปรำกันได้⁴

หากพิจารณาว่าการนำเทปบันทึกเสียงดังกล่าวมาใช้เป็นพยานหลักฐานจะขัดประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 226 หรือไม่ ในประเด็นนี้แนวทางของศาลก็ยังไม่แน่ชัด เพียงแต่กล่าวไว้ว่าจำเลยถูกบันทึกเสียงไว้ถึง 6 ครั้ง ยากที่จะมีใครมาเลียนเสียงที่จำเลยพูดได้เป็นชั่วโมง ๆ อีกทั้งจำเลยก็ไม่มีพยานสืบหักล้างในเรื่องนี้ และศาลก็ไม่ได้รับฟังแต่เทปบันทึกเสียงของจำเลยแต่อย่างเดียว ศาลจึงเชื่อว่าจำเลยได้กระทำความจริง กรณีจึงพิจารณาได้ว่าการนำเทปบันทึกเสียงดังกล่าวมาใช้เป็นพยานหลักฐานไม่น่าจะขัดกับมาตรา 226 ดังกล่าว เพราะหากเป็นพยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายศาลย่อมไม่นำพยานหลักฐานชิ้นนี้มาพิจารณาเนื่องจากขัดต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล อย่างไรก็ตามแม้ว่าแนวคำพิพากษาของศาลจะสามารถทำได้ แต่ประเด็นปัญหาคือ การแสวงหาความจริงโดยใช้วิธีการเข้าถึงข้อมูลจะสามารถกระทำได้หรือไม่ถ้าขาดการรองรับทางกฎหมาย และหากกระทำไปแล้วจะอ้างหลักการป้องกันสิทธิของตนเองไม่ให้เกิดความเสียหายได้หรือไม่ถ้าคู่สนทนาฝ่ายหนึ่งก็เป็นผู้มีส่วนได้เสียกับการสนทนานั้นอยู่ด้วย หากใช่เป็นเรื่องความน่าเชื่อถือ (RELIABLE) ของพยานหลักฐานไม่

กรณีการบัญญัติหลักเกณฑ์พิเศษในเรื่องการเข้าถึงข้อมูลแต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวอยู่ในกฎหมายพิเศษต่างๆที่เป็นพระราชบัญญัติจะสามารถเสริมประสิทธิภาพในการค้นหาความจริงได้มากน้อยเพียงใดนั้น คงต้องพิจารณาจากการบังคับใช้กฎหมายเป็นกรณีๆไป แต่อย่างไรก็ตามจะพบว่าการที่จะใช้พระราชบัญญัติพิเศษดังกล่าวนี้ได้ต้องอยู่ในขอบเขตของการพิจารณาด้วย เช่น การ

⁴ ฎีกาที่ 1123/2509 (ประชุมใหญ่). เนติบัณฑิตยสภา. ตอน 5. หน้า 2478 – 2629.

เข้าถึงข้อมูลตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 จะกระทำได้อาจต้องเป็นคดีพิเศษตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษก่อนเสมอ ประเด็นปัญหาคือถ้าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไม่มีลักษณะที่จะเป็นคดีพิเศษ ย่อมหมายความว่า การใช้วิธีการเข้าถึงข้อมูลตามพระราชบัญญัตินี้ย่อมใช้ไม่ได้ ซึ่งกรณีไม่สมควรจะเป็นเช่นนั้นเพราะการค้นหาความจริงในข้อเท็จจริงบางประการไม่อาจกระทำได้โดยใช้วิธีการปกติ เช่น ความผิดฐานเป็นตุระจัดหา ล่อไปหรือพาไปซึ่งชายหรือหญิงเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 282 วรรค 1) , ความผิดฐานเอาตัวบุคคลเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าไถ่ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 313) เป็นต้น ส่วนกรณีพระราชบัญญัติพิเศษอื่นๆ ก็มีหลักการคิด ถึงปัญหาที่คล้ายคลึงกัน

กรณีอาจกล่าวได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาปัจจุบันไม่ได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องการเข้าถึงข้อมูลและการตรวจสอบค้นหาการเข้าถึงข้อมูล จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะบัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวลงในกฎหมายหลักของประเทศ เพื่อเปิดโอกาสให้มีการแสวงหาพยาน หลักฐานกับความผิดทางอาญาที่มีการพัฒนาไปตามยุคสมัยใหม่ และยังรวมถึงการจัดปัญหาเรื่องการรับฟังพยานหลักฐาน โดยมีขอบด้วยกฎหมายมิให้เกิดขึ้นด้วย

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงปัญหาการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องการเข้าถึงข้อมูล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีที่ใช้ในปัจจุบัน ว่ามีหลักเกณฑ์และแนวความคิดเรื่องการเข้าถึงข้อมูลอย่างไร

1.2.2 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาในเรื่องการตรวจสอบและเรื่องการเข้าถึงข้อมูลของต่างประเทศ ว่ากรณีมีหลักเกณฑ์อย่างไร แล้วนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศไทย

1.2.3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายอาญาว่ากรณีฐานความผิดใดสมควรใช้มาตรการในเรื่องการเข้าถึงข้อมูล

1.2.4 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงแนวทางในเรื่องของการตรวจสอบการเข้าถึงข้อมูลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ควรจะเป็นและที่เหมาะสม โดยเปรียบเทียบพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ เพื่อเป็นทางในการปฏิบัติงานของพนักงานสอบสวน

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสาร มีหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบเฉพาะในพระราชบัญญัติพิเศษเท่านั้น เช่น การเข้าถึงข้อมูลตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 แต่ไม่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อันเป็นการดำเนิน

คดีอาญาทั่วไป ทั้งๆที่คดีอาญาทั่วไปบางประเภทก็มีความสำคัญและมีความจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารไม่น้อยไปกว่าพระราชบัญญัติพิเศษ กรณีดังกล่าวจึงเกิดปัญหา คือ หากการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารมีความจำเป็นกับการดำเนินคดีอาญาทั่วไปบางประเภท เช่น ความผิดฐานเอาตัวบุคคลเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าไถ่ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 313) ก็ย่อมไม่สามารถที่จะใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารได้ กล่าวคือ การที่ใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารนั้น จะต้องอยู่ในอำนาจของการดำเนินคดีตามพระราชบัญญัติพิเศษดังที่ได้กล่าวมาก่อนเสมอ จึงทำให้การดำเนินคดีแบบปกติทั่วไปไม่อาจใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลได้ อีกทั้งถ้าได้กระทำการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารโดยปราศจากหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ย่อมทำให้การกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย

อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสาร จึงเป็นอีกรูปแบบหนึ่งของการค้นหาความจริงที่มีประสิทธิภาพ ดังนั้น หากจะให้หลักเกณฑ์เรื่องอำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลมีเฉพาะในการดำเนินคดีอาญาตามพระราชบัญญัติพิเศษ แต่ไม่มีในการดำเนินคดีอาญาทั่วไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ย่อมส่งผลให้ประสิทธิภาพในการค้นหาพยานหลักฐานลดลง และยังทำให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาขาดเสถียรภาพเพราะไม่มีการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจของบุคคลที่นำอำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลมาใช้โดยมิชอบ เกิดความเหลื่อมล้ำของกฎหมาย กรณีจึงสมควรอย่างยิ่งที่จะนำหลักเกณฑ์ของอำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสาร มาบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอันเป็นการดำเนินคดีอาญาทั่วไป เพื่อเสริมประสิทธิภาพในการบังคับใช้ของกฎหมายให้ดียิ่งขึ้นตามยุคสมัยต่อไป

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

กรณีจะศึกษาเฉพาะเรื่องการเข้าถึงข้อมูล และวิธีการตรวจสอบการเข้าถึงข้อมูล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยค้นหาฐานความผิดจากประมวลกฎหมายอาญา ว่ามีความผิดฐานใดบ้างที่สมควรใช้มาตรการพิเศษในเรื่องการเข้าถึงข้อมูล การศึกษาในกรณีดังกล่าวนี้จะเปรียบเทียบกับ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 โดยมุ่งวิเคราะห์ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องการเข้าถึงข้อมูล ทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ วิธีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมาย ตลอดจนวิเคราะห์กฎหมายและระเบียบข้อบังคับต่างๆที่เกี่ยวข้อง โดยการวิเคราะห์จะตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ทางทฤษฎีกฎหมายในประเทศไทยและต่างประเทศ

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิธีการศึกษานั้นได้กำหนดวิธีการศึกษาเชิงคุณภาพ โดยวิธีวิจัยเอกสาร ศึกษาและวิเคราะห์ข้อมูลจากตำรากฎหมาย วารสารทางกฎหมาย ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รายงานการประชุม การสัมมนาทางกฎหมาย ความคิดเห็นของนักกฎหมาย ผลงานวิจัย วิทยานิพนธ์ ระเบียบข้อบังคับที่บัญญัติไว้เกี่ยวกับเรื่องการเข้าถึงข้อมูล วิธีการตรวจสอบการเข้าถึงข้อมูล เอกสารต่างๆที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศในการค้นหาข้อมูลที่ปรากฏอยู่ในรูปของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงข้อมูล เพื่อทำการศึกษาวิเคราะห์ในเชิงทฤษฎี และนำมาปรับใช้ในทางปฏิบัติต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงปัญหาการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องการเข้าถึงข้อมูล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีที่ใช้ในปัจจุบัน ว่ามีหลักเกณฑ์และแนวความคิดเรื่องการเข้าถึงข้อมูลอย่างไร

1.6.2 ทำให้ทราบถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาในเรื่องการตรวจสอบและการเข้าถึงข้อมูลของต่างประเทศ ว่ากรณีมีหลักเกณฑ์อย่างไร

1.6.3 ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายอาญาว่ากรณีฐานความผิดใดสมควรใช้มาตรการในเรื่องการเข้าถึงข้อมูล

1.6.4 ทำให้ทราบถึงแนวทางในเรื่องการตรวจสอบการเข้าถึงข้อมูลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ควรจะเป็นและที่เหมาะสม เพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติงานของพนักงานสอบสวน

บทที่ 2

แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคล

อาชญากรรมยุคปัจจุบันนี้ได้พัฒนารูปแบบและวิธีการทำความผิดอย่างต่อเนื่อง และตลอดเวลา ทั้งในด้านวิธีการทำความผิด การนำเทคนิควิธีการสมัยใหม่เข้ามาเป็น เครื่องมือประกอบการทำความผิด รวมทั้งลักษณะการทำความผิดที่มีการดำเนินการอย่างเป็นระบบและขบวนการ เนื่องจากผู้ทำความผิดเป็นผู้ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญชำนาญในด้าน นั้น ๆ ความผิดที่เกิดขึ้นนี้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อ สังคม อย่างมากมาย และทำให้ภารกิจในการ ป้องกันปราบปรามอาชญากรรมของเจ้าหน้าที่เป็นภารกิจที่กว้างขวางและหลากหลาย จึงทำให้การ ควบคุมปัญหาอาชญากรรมพื้นฐาน ซึ่ง ได้แก่ อาชญากรรมที่ประทุษร้ายต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน นั้น เจ้าหน้าที่ก็ไม่สามารถปฏิบัติงานได้อย่างสัมฤทธิ์ผลเท่าที่ควรเพราะอาชญากรรมเหล่านี้มีความ ยุ่งยากซับซ้อนหากไม่ใช้มาตรการพิเศษในเรื่องการเข้าถึงข้อมูล ย่อมต้องใช้ระยะเวลาในการ รวบรวมพยานหลักฐานเป็นเวลานานหรืออาจทำไม่ได้เลย

ดังนั้นการที่รัฐจะอนุญาตหรือให้ความคุ้มครองสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารแก่ ประชาชน จึงควรเป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานส่วนบุคคล และในการใช้สิทธิดังกล่าวต้องอยู่ ภายใต้อำนาจหน้าที่ว่าสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลต้องได้รับการคุ้มครอง จากที่กล่าวมา จึงทำให้การ คุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว (Privacy Protection) และการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Personal Information Protection) เป็นประเด็นที่ต้องคำนึงถึงและต้องมีการศึกษาเพื่อพัฒนาความรู้ เกี่ยวกับขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

2.1 พัฒนาการของสิทธิในความเป็นส่วนตัว

แนวความคิดของความเป็นส่วนตัวได้มีการพัฒนามาตลอดตั้งแต่สมัยโบราณ แต่จะมาก น้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับบริบทของสังคมและวัฒนธรรมในช่วงเวลานั้น ๆ พัฒนาการครั้งสำคัญที่เห็น ว่ามีความชัดเจนในการพัฒนาแนวความคิด การคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวมากที่สุด คือ เมื่อมีการเผยแพร่บทความ “Rights to Privacy” โดย Samuel D. Warren และ Louis D. Brandeis บทความดังกล่าวเป็นผลสะท้อนของการพัฒนาเทคโนโลยีในช่วงปี ค.ศ.1890 การเกิดขึ้นของโทร เลข โทรศัพท์ การมีแท่นพิมพ์หนังสือที่สามารถพิมพ์หนังสือได้รวดเร็ว และการคิดค้นเครื่องมือ

เครื่องใช้ใหม่ๆ และการพัฒนาระบบธุรกิจ ซึ่ง Warren และ Brandeis กล่าวว่า ความก้าวหน้าดังกล่าวนี้ทำให้ความจำเป็นต้องการคุ้มครองแก่บุคคล เพราะพัฒนาการของเทคโนโลยีดังกล่าวทำให้เกิดการคุกคามสิทธิประโยชน์ของบุคคลอย่างน่ากลัว

ในบทความ The Rights to Privacy ดังกล่าว Warren และ Brandeis อธิบาย “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว” (Privacy) ว่าหมายถึง “สิทธิที่จะอยู่ตามลำพัง” (the right to be let alone) เป็นการมองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเป็นสองแง่มุม คือ ความเป็นส่วนตัวในแง่นามธรรม ได้แก่การที่บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพในการแสดงอารมณ์ ความรู้สึกนึกคิด ตลอดจนความเชื่อถือศรัทธาในลัทธิศาสนา ส่วนความเป็นส่วนตัวในทางรูปธรรม คือ สิทธิที่จะอยู่โดยลำพังปราศจากการรบกวนและปราศจากการแทรกแซงจากสังคม การอยู่อย่างสันโดษไม่ติดต่อสัมพันธ์กับสังคม

ข้อสังเกตของ Warren และ Brandeis ที่สำคัญในบทความนี้ พยายามชี้ให้เห็นว่าในขณะที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองบุคคลต่อการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวที่เกิดจากการกระทำของรัฐเท่านั้น ซึ่งทั้ง Warren และ Brandeis มีความเห็นแย้งว่า นอกจากการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวจากการกระทำของรัฐแล้ว บุคคลควรได้รับการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวที่เกิดจากการกระทำของเอกชนคนอื่น ๆ ด้วย ไม่ว่าจะเป็น เพื่อน เพื่อนบ้าน นายจ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือ นักหนังสือพิมพ์ จากบทความดังกล่าวแม้ว่าจะทำให้เกิดประเด็นวิพากษ์เกี่ยวกับความสำคัญของการให้ความคุ้มครองความเป็นส่วนตัว และทำให้นักกฎหมายและประชาชนทั่วไปหันมาตระหนักถึงสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวมากขึ้น แต่หลักการดังกล่าวก็มิได้ถูกนำมาเป็นบรรทัดฐานของกระบวนการยุติธรรมเพียงแต่มีการนำมาใช้ในการพิจารณาในบางคดีและไม่ได้นำมาใช้อย่างสม่ำเสมอ⁴

เดิมทีในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอื่นๆ ที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ ได้แก่ ประเทศสหราชอาณาจักร ประเทศแคนาดา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศมาเลเซีย ประเทศสิงคโปร์ และประเทศอื่นๆ ที่ใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาราชการ ไม่มีหลักกฎหมายทั่วไปในการรับรองสิทธิในความเป็นส่วนตัว โดยสิทธิส่วนตัวจะถูกพิจารณาเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งรัฐ การให้ความคุ้มครองและการเยียวยาความเสียหายจากการละเมิดสิทธิส่วนตัว เป็นการปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยละเมิดและกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้น หากเป็นเรื่องเกี่ยวกับความเป็นอยู่ส่วนตัว ศาลจะให้ความสำคัญกับการประกันสิทธิของบุคคลในการตัดสินใจ ในการใช้ความคิด ความรู้สึกในจิตใจและอารมณ์ของแต่ละคนที่สื่อสารถึงบุคคลอื่นเป็น

⁴ Ellen Alderson, and Caroline Kennedy. (1995). **The Right to Privacy**. P. 155.

⁵ Mark Littman, and Peter Carter-Ruck. (1970). **Privacy and the Law**. P 8. (อ้างถึงใน จุติ ธรรมโนวานิช. (2532). การค้น.)

สำคัญ⁶ และจะไม่พยายามสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่ การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวจึงอยู่ในขอบเขตของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิด ในความรับผิดฐานบุกรุก (Trespass) ความรับผิดฐานการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ (Nuisance) ความรับผิดฐานหมิ่นประมาท (Defamation) ความรับผิดฐานการเปิดเผยความลับ (Breach of confidence) ความรับผิดฐานการกระทำโดยประมาท หรือไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควร (Negligence) และความรับผิดฐานละเมิดสิทธิ (Copyright)

ในประเทศสหรัฐอเมริกา นอกเหนือจากการคุ้มครองภายใต้กฎหมายคอมมอนลอว์แล้ว ความเป็นส่วนตัวยังได้รับความคุ้มครองภายใต้ The Second Restatement of Torts นอกจากนี้ความคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวยังมีการพัฒนาภายใต้การปรับปรุงแก้ไขรัฐธรรมนูญแต่ละครั้ง

การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในประเทศสหรัฐอเมริกาภายใต้การปรับปรุงแก้ไขรัฐธรรมนูญ ปรากฏอยู่ในการปรับปรุงแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่หนึ่งและครั้งที่สี่ กล่าวคือ ในการปรับปรุงแก้ไขครั้งที่ 1 (First Amendment) เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิของบุคคลจากการกระทำที่เป็นการแทรกแซงความเป็นส่วนตัวของรัฐและจากเอกชนด้วยตนเอง สิทธิที่ได้รับความคุ้มครองได้แก่ สิทธิในการรวมกลุ่มเป็นสมาคม สิทธิและเสรีภาพในการปราศรัย และการแสดงความคิดเห็น และในการปรับปรุงแก้ไขครั้งที่ 4 (Fourth Amendment) เป็นการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของบุคคลจากการค้นและการยึดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ภายใต้บทบัญญัติฉบับนี้มีขอบเขตคุ้มครองความเป็นส่วนตัวเกี่ยวกับร่างกาย บ้านที่อยู่อาศัย เอกสาร และอื่น ๆ เช่น สื่อบันทึกเสียง ฟิล์ม สื่อม้วน ฯลฯ ที่สามารถสื่อให้เห็น ได้ยิน และเข้าใจได้⁷

จากการศึกษาพบว่า การคุ้มครองภายใต้การปรับปรุงแก้ไขรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 4 สามารถคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในข้อมูลส่วนบุคคลอย่างชัดเจนและตรงกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมากที่สุดว่าการปรับปรุงแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งอื่นๆ แต่ก็ยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองการละเมิดที่เกิดจากการใช้เครื่องมือเทคโนโลยีที่มีกระบวนการที่ซับซ้อนและมีเทคโนโลยีขั้นสูงเป็นส่วนประกอบ ในขณะที่ปัจจุบันนี้เครื่องมือเครื่องมือนั้นๆ มีความทันสมัยและมีกระบวนการที่ซับซ้อน กฎหมายที่ใช้ในการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวกลับพัฒนาไปไม่เท่าทันความเจริญของ

⁶ Voss S. Andreas. (2002). **The Right to Privacy & Assisted Reproductive Technologies : A Comparative Study of Law of Germany and the U.S.** P 235. (อ้างถึงใน ชาติ ชัยเดชสุริยะ. (2549). มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน.)

⁷ Schwartz M. Paul. (1995). **Privacy and Participation : Personal Information and Public Sector Regulation.** P 571. (อ้างถึงใน บรรณเจด สิงคะเนติ. (2543). **หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ 2540.**)

เทคโนโลยีดังกล่าว ดังนั้น หากเป็นเรื่องที่มีการใช้เทคโนโลยีที่มีความสามารถมากจนพ้นไปจาก
ความคาดหมายของบุคคล หรือหากสิ่งใดที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายของสังคม หรือเป็นเพียง
ความรู้สึกรักของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ก็อาจไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้

ในทางปฏิบัติ การให้ความคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในบางกรณี จึงไม่สามารถ
ครอบคลุมข้อมูลบางประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลส่วนตัวโดยเฉพาะ เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับ
สุขภาพของบุคคลนอกจากนี้ ในการพิจารณาคดีของศาล หากศาลเห็นว่ามีความจำเป็นมากที่
เจ้าหน้าที่ต้องแสดงเหตุผลอันสมควรต่อศาล และหากปรากฏข้อเท็จจริงตามความจำเป็นนั้น ข้อมูล
ดังกล่าวก็ไม่อยู่ภายใต้การคุ้มครอง เช่น เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจในการเปิดเผยข้อมูลการติดเชื้อ
HIV ของโจทก์การเปิดเผยอาจทำให้โจทก์รู้สึกอับอาย และไม่อยากเข้าสังคม และทำให้โจทก์ถูกดู
หมิ่นดูแคลน ถูกหลอกลวงและสัคดีศรีจากสังคม แต่เมื่อคำนึงถึงประโยชน์ที่จะเกิดแก่สังคม
และผลประโยชน์ดังกล่าวมีเหตุผลเพียงพอว่าเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะมากกว่า
ประโยชน์ของปัจเจกบุคคล ศาลอาจยินยอมให้มีการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวได้

ในอังกฤษไม่มีหลักกฎหมายว่าด้วยความเป็นส่วนตัวเช่น หากเมื่อมีการโต้แย้งเกี่ยวกับ
ความเป็นส่วนตัว มักจะนำหลักกฎหมายว่าด้วยการรักษาความลับมาปรับใช้ (Law of Confidence)
แต่ในระยะหลังนับจาก ค.ศ.1995 เริ่มจะมีประเด็นวิพากษ์วิจารณ์หลังจากมีกรณี คดีเกี่ยวกับระบบ
โทรทัศน์วงจรปิด CCTV (Closed Circuit Television) ซึ่งเมื่อเกิดข้อโต้แย้งในคดีดังกล่าว โจทก์
หรือผู้เสียหายนอกจากไม่สามารถได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายว่าด้วยการรักษาความลับ แล้ว
ยังไม่สามารถได้รับความคุ้มครองความเป็นส่วนตัวได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการ
คุ้มครองความเป็นส่วนตัว จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นแรงกระตุ้นสำคัญที่ทำให้ประเทศอังกฤษเริ่ม
ตั้งประเด็นปัญหาว่า ควรมีการแยกหรือสร้างหลักกฎหมายว่าด้วยการละเมิดความเป็นส่วนตัวแยก
ออกจากกฎหมายว่าด้วยการรักษาความลับหรือไม่ เพราะก่อนหน้านี้ถึงแม้ว่าจะมีการกล่าวอ้างความ
เป็นส่วนตัว แต่ไม่ได้ต่อสู้กันบนพื้นฐานของหลักการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวโดยตรงเพียงอย่าง
เดียว แต่มักจะพิจารณาควบคู่ไปกับหลักคอมมอนลอว์อื่น ๆ ในขณะเดียวกัน

⁸ คดี Peck v. The United Kingdom Peck v. The United Kingdom, 36 E.H.R.R. 41 ECHR.(2003) ใน
คดีนี้ โจทก์ไม่ประสบความสำเร็จในการนำคดีขึ้นสู่ศาลของอังกฤษ โจทก์จึงได้ทำคำร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชน
แห่งยุโรป (European Court of Human Rights) ซึ่งศาลตัดสินว่าจำเลย (The United Kingdom) ได้ฝ่าฝืนมาตรา 8
และ มาตรา 13 แห่ง ECHR

ในประเทศที่มีระบบชีวิตลอร์ด การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวตั้งอยู่บนพื้นฐานแนวความคิดเรื่องสิทธิในบุคลิกภาพของบุคคล (Right of the Personality) ซึ่งมีรากฐานความคิดและได้รับการพัฒนาเกี่ยวกับแนวความคิดดังกล่าว จากนักปรัชญาเยอรมันเป็นส่วนใหญ่

ในรัฐธรรมนูญเยอรมัน (Grundgesetz) ได้บัญญัติรับรองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลไว้ในมาตรา 1 วรรค 1 และ มาตรา 2 วรรค 1 ว่าบุคคลมีสิทธิที่จะควบคุม พัฒนา และแสวงหาประโยชน์ในบุคลิกภาพ หรือความเป็นตัวตนของตนเอง ลักษณะเด่นของรัฐธรรมนูญเยอรมัน คือการให้หลักประกันแก่ประชาชนเยอรมัน ตั้งแต่เรื่องเกียรติภูมิของความเป็นมนุษย์ สิทธิที่จะพัฒนาบุคลิกภาพ สิทธิในชีวิตร่างกาย ความเสมอภาคเท่าเทียมกันทางกฎหมาย เสรีภาพในการนับถือศาสนา สิทธิในการชุมนุม สิทธิที่จะรวมตัวกันเป็นสมาคม สิทธิในเคหสถาน ฯลฯ ที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากประวัติศาสตร์ของประชาชนเยอรมันที่เคยมีประสบการณ์ในการถูกจำกัดและล่วงเกินสิทธิเสรีภาพ และการประหัตประหารอันเป็นการคุกคามทำลายสิทธิในชีวิต ร่างกาย จากเหตุการณ์ในช่วงที่อยู่ภายใต้ระบบเผด็จการของฮิตเลอร์และเหตุการณ์การฆาตกรรมหมู่ในค่ายกักกันโดยพวกนาซีในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง รัฐธรรมนูญเยอรมันจึงเป็นรัฐธรรมนูญที่ให้ความสำคัญอย่างยิ่งแก่สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานและศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์อย่างชัดเจน

2.2 ทฤษฎีพื้นฐานของสิทธิในความเป็นส่วนตัว

“สิทธิในความเป็นส่วนตัว (Privacy)” เป็นคำที่ปรากฏอยู่ในนิยามหนึ่งของสิทธิส่วนบุคคล (Personal Right) เป็นการย้ำให้เห็นถึงความสำคัญที่มนุษย์ทุกคนต้องปฏิบัติต่อความเป็นส่วนตัวของบุคคลในฐานะที่เป็นสาระสำคัญของสิทธิในความเป็นตัวตนของมนุษย์⁹ ในสมัยโบราณความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับ “ความเป็นส่วนตัว” คือ การที่ไม่รวมอยู่กับคนอื่น หรือการปลีกตัวออกจากสังคม ดังเช่นในสมัยโรมันแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องส่วนตัว ยอมรับว่าบุคคลแต่ละคนมีเขตแดนของตัวเอง ในเขตแดนดังกล่าวเสมือนเป็นที่พำนักพักพิงไม่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางสังคมในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง ภายในดินแดนส่วนตัวนี้เป็นดินแดนเฉพาะตัวของแต่ละบุคคลเท่านั้น และเป็นที่ยกเว้นจากการเข้ามาเกี่ยวข้องของคนในสังคม¹⁰

2.2.1 สิทธิความเป็นส่วนตัวในทางปรัชญา

นักปราชญ์หลายท่านพยายามที่จะให้คำจำกัดความและกำหนดขอบเขตของ “ส่วนตัว” แต่ก็ไม่สามารถสรุปได้ว่าของท่านใดที่ได้รับยอมรับว่าชัดเจนที่สุด อย่างไรก็ตามก็ถือคำสอนที่มักได้รับ

⁹ Ellen Alderman. and Caroline Kennedy. (1995). **The Right to Privacy.**

¹⁰ Raymond Wacks. (1989). **Personal Information : Privacy and the Law.** P. 7.

การกล่าวถึงเพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาเสมอ คือ คำสอนของ อริสโตเติล (Aristotle) ซึ่งได้อธิบายว่า “ความเป็นส่วนตัว” ได้แก่วรรณกรรมเกี่ยวกับร่างกายและการดำเนินชีวิตของสมาชิกภายในครอบครัว โดยมีเจ้าบ้านคือผู้เป็นพ่อ หรือผู้ชายที่เป็นผู้อาวุโสที่เป็นเจ้าบ้าน และเป็นผู้ทรงสิทธิในความเป็นส่วนตัวนั้น ซึ่งสถานะของความเป็นส่วนตัวหากมองในแง่ทางปรัชญา “ความเป็นส่วนตัว” เป็นภาวะพื้นฐานของบุคคลที่ไม่ต้องต่อสู้ ยื้อแย่งและไม่ต้องการซื้อพิสูจน์ ความเป็นส่วนตัวเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานโดยธรรมชาติของความเป็นมนุษย์ซึ่งแฝงอยู่ในตัวบุคคลนั้น ๆ มาตั้งแต่เกิด¹¹

2.2.2 สิทธิความเป็นส่วนตัว ในทางศาสนา

ขอบเขตของความเป็นส่วนตัวปรากฏในคัมภีร์ไบเบิลของศาสนาคริสต์ ในบทคำสอนเกี่ยวกับศีลธรรมของมนุษย์ “ความเป็นส่วนตัว” เกิดจากคำสอนเรื่องการกำเนิดของมนุษย์ อัดัมและอีฟ ได้ขโมยกินผลไม้ต้องห้ามในสวนของพระเจ้า ทำให้ทั้งสองได้สำนึกถึงความอัปยศที่ต่างต้องอยู่ในร่างกายที่เปลือยเปล่าโดยปราศจากสิ่งปกปิดร่างกาย จึงได้นำใบไม้มาประดิษฐ์เป็นที่ปิดบังส่วนของร่างกายที่ไม่ต้องการให้คนอื่นได้เห็น¹² ความเป็นส่วนตัวของบุคคลในคำสอนทางศาสนา จึงได้แก่ สิ่งต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกายของบุคคล สิ่งใดหรือเรื่องใดก็ตามที่เกี่ยวกับตัวของบุคคล ถือว่าเป็นเรื่อง “ส่วนตัว” ทั้งสิ้น

2.2.3 สิทธิความเป็นส่วนตัว ในทฤษฎีกฎหมาย

นับจากศตวรรษที่ 16 เป็นต้นมา แนวความคิดเกี่ยวกับขอบเขตความเป็นส่วนตัวมีความชัดเจนมากและเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น ในระยะที่แนวความคิด “ความเป็นส่วนตัว” เริ่มปรากฏเป็นรูปธรรมมากขึ้น ความเป็นส่วนตัวได้แก่วรรณกรรมเกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกาย ครอบครัว และ รวมถึงทรัพย์สินด้วย เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าวแนวความคิดการแบ่งขอบเขตระหว่าง “ส่วนตัว” ออกจากขอบเขต “สาธารณะ” มีความชัดเจนมากขึ้น ความเชื่อมั่นในความเป็นส่วนตัวว่าเป็นสิทธิของมนุษย์ที่สามารถป้องกันมิให้รัฐหรือบุคคลใดล่วงล้ำดินแดนส่วนตัวของปัจเจกบุคคล

กระแสนการเรียกร้องให้รัฐรับรองสิทธิและประกันประสิทธิ เสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชนเกิดขึ้นทั่วไป มีการแบ่งแยกทรัพย์สินส่วนตัวออกจากสาธารณะ โดยอธิบายว่าเอกชนย่อมมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตนและมีความชอบธรรมที่จะหวงแหนทรัพย์สินและกีดกันบุคคลอื่นหรือแม้กระทั่งฝ่ายปกครองไม่ให้เข้าแทรกแซงทรัพย์สินของตนโดยพลการ ดังคำอธิบายของ

¹¹ ชื่นอารี มาลีศรีประเสริฐ. (2539). การคุ้มครองสิทธิส่วนตัวกับสื่อสารสนเทศ. หน้า 10.

¹² DeCew Judith. Wagner. (1997). *In Pursuit of Privacy : Law Ethics and The Rise of Technology*. P 10 - 11.

จอห์น ล็อก (John Locke) ที่ว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสวงหาทรัพย์สิน ทรัพย์สินไม่ว่าจะ
ได้มาจากสิ่งที่ไม่ใช่เจ้าของ ทรัพย์สินที่ได้มาโดยใช้ความรู้ความสามารถ หรือทรัพย์สินที่ได้มา
จากการคัดแปลงทำตัวทรัพย์สินใหม่จากสิ่งต่าง ๆ ในธรรมชาติให้เป็นไปตามความต้องการของ
ตัวเองถือว่าทรัพย์สินเป็นทรัพย์สินตัว¹³

สำหรับขอบเขตของคำว่า “ส่วนตัว” นั้น หากพิจารณาคำศัพท์ตามตัวอักษร คำว่า
“ส่วนตัว” (Private) หมายถึง สภาพความเป็นอยู่เฉพาะตัว การแยกตัวอยู่อย่างสันโดษ ภายในที่
รโหฐาน ที่ซึ่งไม่มีคนอื่นเข้าร่วมด้วย การอยู่ได้ด้วยตัวเอง หรือเฉพาะภายในครอบครัว ส่วนที่แยก
ออกจากสาธารณะ เป็นอิสระจากการปกครองของรัฐ หรือไม่เกี่ยวข้องกับสาธารณะ หรือหากมอง
ในแง่ของความลับจะหมายถึงส่วนที่ไม่ต้องการให้มีใครเข้ามาดูเห็น หรือสอดแทรกเข้ามาร่วมคิด
ร่วมรับรู้และตัดสินใจ เป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกับสังคม หรืออย่างน้อยสามารถเลือกที่จะอนุญาตให้
บุคคลใดเข้ามาร่วมในความเป็นส่วนตัวของเขา

โดยที่ปัจจุบันมีการพัฒนาเทคโนโลยีเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารและการจัดเก็บและรวบรวม
ความข้อมูลโดยทั่วไป คำว่า “ส่วนตัว” จึงได้แก่ ความสามารถในการคิดและตัดสินใจได้ด้วยตนเอง
(Self-Determination) ในการควบคุมข้อมูลข่าวสารของตน การที่บุคคลจะมีความสามารถคิดและ
ตัดสินใจนี้ก็ต่อเมื่อบุคคลมีและอยู่ในเขตแดนส่วนตัว (Private Sphere) ของแต่ละคนซึ่งตรงข้ามกับ
เขตแดนสาธารณะ (Public Sphere) ซึ่งได้แก่ขอบเขตที่นอกเหนือไปจากพื้นที่ “ส่วนตัว” อันเป็น
เรื่องเกี่ยวกับการมีชีวิตอยู่ร่วมกัน และการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อกันและกันหรือมีผลประโยชน์
ร่วมกัน¹⁴

Alan F. Westin อธิบายว่า ภายในขอบเขต “ส่วนตัว” สามารถพิจารณาได้ใน 3 ลักษณะ
คือ

- 1) เป็นเรื่องของที่อยู่อย่างสันโดษ (Solitude) ซึ่งเป็นการมองในทางกายภาพ คือ เป็น
การจัดการเข้าถึงโดยบุคคลภายนอก
- 2) เป็นความลับเฉพาะบุคคล (secrecy) คือข้อเท็จจริงที่สามารถรู้เห็นได้เฉพาะบุคคล
ภายนอกหรือสาธารณชนไม่สามารถเข้าร่วมรู้เห็นได้
- 3) การมีอิสระในการปกครองตนเอง (Autonomy)¹⁵ คือบุคคลมีความสามารถในการคิด
และตัดสินใจเกี่ยวกับกิจกรรมต่าง ๆ ของตน การมีชีวิตที่เป็นอิสระปราศจากการควบคุมโดยรัฐ ถือเป็น

¹³ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2543). นิติปรัชญา. หน้า 197 - 198.

¹⁴ Birkinshaw. Patrick. (1993). **Citizenship and Privacy: Rights of Citizenship**. P. 31. (อ้างถึงใน
บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ 2540.)

¹⁵ David H. Flherty. (1984). **Privacy and Data Protection :An International Bibliography**. P. 14.

ว่าเป็นสถานะที่บุคคลอื่นหรือแม้กระทั่งรัฐก็ไม่สามารถเข้าไปก้าวล่วงรู้เห็นในการกระทำ หรือความสัมพันธ์กับบุคคลในเรื่องส่วนตัว (Private) ของบุคคลได้

การพิจารณาเพื่อที่จะตัดสินว่าข้อเท็จจริงใดเป็นเรื่อง “ส่วนตัว” เป็นเรื่องของกฎเกณฑ์ทางวัฒนธรรมของสังคมนั้นๆ¹⁶ เหตุการณ์หนึ่งเหตุการณ์ใดที่เกิดขึ้น อาจเป็นเรื่องส่วนตัวในสังคมหนึ่ง แต่ในอีกสังคมหนึ่งอาจไม่ถือว่าเรื่องเหล่านั้นเป็นเรื่องส่วนตัวเลยก็อาจเป็นได้ แต่อย่างไรก็ดี ได้มีความพยายามที่จะสรุปขอบเขตของ “ความเป็นส่วนตัว” เพื่อเป็นแนวทางการพิจารณา ได้แก่

- 1) เป็นเรื่องเกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกายของบุคคล
- 2) เป็นเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินของบุคคล
- 3) เป็นเรื่องเกี่ยวกับครอบครัว ได้แก่บุคคลในครอบครัว ความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัว เพศสัมพันธ์ การเกิด การตาย ของบุคคลในครอบครัว
- 4) เป็นเรื่องเกี่ยวกับกิจกรรมทางสังคมและวัฒนธรรม เช่น แนวทางการดำเนินชีวิต การประกอบอาชีพ และการติดต่อสื่อสาร
- 5) เป็นเรื่องเกี่ยวกับแนวความคิด ทศนคติ ความเชื่อในลัทธิ หรือศาสนา หรือลัทธิทางการเมือง
- 6) เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์กับบุคคลอื่น ๆ เช่น ความสัมพันธ์กับเพื่อนบ้าน เพื่อนร่วมงาน หรือภายในกลุ่มบุคคลที่ตั้งขึ้น
- 7) เป็นเรื่องเกี่ยวกับกรณีอื่น ๆ ที่อาจถือได้ว่าเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคล¹⁷

นอกเหนือจากนี้ต้องคำนึงถึงจุดมุ่งหมายและแนวความคิดในการดำรงชีวิตของคนในสังคม หรือเบื้องต้นอาจพิจารณาจากแนวปฏิบัติที่เป็นบรรทัดฐานของสังคมว่าถือเป็นเรื่องใดเรื่องส่วนตัวเรื่องใดเป็นเรื่องสาธารณะ

2.3 ขอบเขตการแบ่งแยกระหว่าง ความเป็นส่วนตัว และ สาธารณะ

หากจะกล่าวว่า “ส่วนตัว” กับ “สาธารณะ” เป็นสิ่งที่ตรงข้ามกัน หากเรื่องใดเป็นเรื่องส่วนตัว ย่อมไม่เป็นเรื่องสาธารณะ และเมื่อเรื่องใดเป็นเรื่องสาธารณะแล้วย่อมไม่ได้รับการพิจารณา หรือคุ้มครองให้เป็นเรื่องส่วนตัว กรณีนี้เป็นแง่มุมหนึ่งที่น่านำมาพิจารณาในเบื้องต้น แต่อาจไม่มีเหตุผลที่เพียงพอ หากเป็นสถานการณ์ที่ซับซ้อนและสามารถมีมุมมองที่ความหลากหลาย

¹⁶ DeCew. Judith Wagner. (1997). **In Pursuit of Privacy : Law Ethics and the Rise of Technology**. P. 12.

¹⁷ ชูชีพ ปิณฑะศิริ. (2525). การละเมิดสิทธิส่วนตัว. หน้า 3.

ผสมกับ ช่วงเวลา (Timing) จึงเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาว่า ในช่วงเวลาหนึ่ง ๆ สังคมมอง และอธิบายเรื่องดังกล่าวอย่างไร

นอกจากนั้น หากพิจารณาผลที่ต่อเนื่องของความเป็นส่วนตัว ก็ยังส่งผลกระทบไปยัง ความสัมพันธ์ กับเสรีภาพและสิทธิอื่น ๆ ที่ความเป็นส่วนตัวอาจถูกจำกัด และยับยั้งในกรณีของ เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น (Freedom of Expression) ทั้งในส่วนของผู้มวลชนและ ประชาชนทั่วไป แต่ทั้งนี้เฉพาะในความเป็นส่วนตัวโดยแท้ย่อมได้รับการคุ้มครองปกป้องจาก เสรีภาพ ในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น ไม่ว่าจะจากสื่อมวลชนหรือบุคคลอื่นในสังคม เนื่องจาก เป็นคุณค่าที่ได้รับการยอมรับคุ้มครองในฐานะสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่ง

ปัญหาความขัดแย้งระหว่าง เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นกับสิทธิ ความเป็นส่วนตัวที่เกิดขึ้น จึงประเด็นที่เป็นข้อโต้แย้งกัน กล่าวคือความเป็นส่วนตัวนั้นเป็นเรื่อง ส่วนตัวโดยแท้ หรือเป็นเรื่องเกี่ยวพันกับประโยชน์ สาธารณะ (Public interest) และในประเด็น สถานภาพของบุคคลนั้น ถ้าเป็นบุคคลธรรมดาทั่วไป สิทธิในความเป็นส่วนตัวย่อมอาจมีมากกว่า บุคคลสาธารณะ (Public person) เช่น นักการเมืองหรือผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่ทางราชการ ซึ่งอาจถูก วิพากษ์วิจารณ์ได้ง่ายกว่าจากสื่อมวลชน และคนในสังคม

การวิเคราะห์ในเรื่องสิทธิความเป็นส่วนตัวที่จะได้รับการปกป้องมากน้อยเพียงใดจึง จำเป็นต้องอาศัยเส้นแบ่งระหว่าง พรหมแดนของเรื่องส่วนตัวและเรื่องสาธารณะ ซึ่งเป็นเรื่อง ยากลำบากในการแบ่งแยก แต่ก็มีความจำเป็นที่ต้องทำความเข้าใจเป็นเบื้องต้น เพื่อให้สามารถ ทราบว่าเรื่องส่วนตัวใดบ้างจะได้รับการคุ้มครอง หรือมีข้อยกเว้น

ในด้านการปกครอง การแบ่งขอบเขตความเป็นส่วนตัวและสาธารณะอาจถือได้ว่า เรื่อง ใดเป็นเรื่องเกี่ยวกับการปกครองประชาชนในสังคม ถือว่าเป็นเรื่องสาธารณะ แต่หากเรื่องใด เป็น เรื่องของสภาวะการเป็นพลเมือง (citizenship) ถือว่าเป็นเรื่องส่วนตัว¹⁸ การศึกษาขอบเขตความเป็น ส่วนตัวกับสาธารณะตามทฤษฎีกฎหมายที่สอนกันมาแต่อดีต นับจากหลังช่วงเวลาของ Post Reformation ทฤษฎี Divine Rights of King หรือ ทฤษฎีอำนาจของกษัตริย์มาจากเบื้องบน หรือ พระเจ้า ได้กล่าวถึงขอบเขตความเป็นสาธารณะและความเป็นส่วนตัวว่า ขอบเขตความเป็น สาธารณะ (public domain) หมายถึง พื้นที่ส่วนที่ขยายเพิ่มเติมออกไปจากราชอาณาจักร หรือพื้นที่ ส่วนพระองค์ของกษัตริย์ (private domain of monarch) และกฎหมายมหาชน (Public Law) ก็

¹⁸ Passerin d'Entreves, Maurizio and Vogel Ursula. (2000). **Public and Private : Legal, political and philosophical perspectives.** P. 3.

หมายถึง ภาคผนวกของกฎหมายว่าด้วยพระราชภารกิจที่เป็นเรื่องส่วนพระองค์ของกษัตริย์ (private King's Law)¹⁹

ในทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ ได้แก่ ทฤษฎีของ Locke ตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ ในเรื่องการแบ่งแยกทรัพย์สินส่วนตัวของปัจเจกบุคคล ออกจากทรัพย์สินสาธารณะ ทฤษฎีของ Rousseau ในเรื่องเสรีภาพของบุคคล หรือทฤษฎีประโยชน์สูงสุด Bentham สำหรับการแบ่งขอบเขตระหว่างสาธารณะกับส่วนตัวในปัจจุบัน Stanley Benn และ Gerald Gaus ซึ่งชี้ให้เห็นว่าขอบเขต หรือข้อความคิดเรื่อง “ส่วนตัว” และ “สาธารณะ” อาจพิจารณาจากโครงสร้างทางวัฒนธรรม การแบ่งขอบเขตของ “ส่วนตัว” และ “สาธารณะ” มีนัยที่หลากหลายตามความแตกต่างของวัฒนธรรม เนื่องจากแต่ละสังคม ย่อมมีวัฒนธรรมเฉพาะตัวของตน

จะเห็นได้ว่าการที่จะชี้ลงไป ว่าขอบเขตของความเป็น “ส่วนตัว” และความเป็น “สาธารณะ” อยู่ ณ ที่ใด หรือเรื่องใดบ้างเป็น เรื่องสาธารณะ เรื่องใดเป็นเรื่องส่วนตัว จึงเป็นเรื่องที่ยาก ที่ผ่านมามีความพยายามจะให้คำจำกัดความ หรือขอบเขตที่แน่นอนชัดเจน แต่จนถึงปัจจุบัน ก็ยังไม่สามารถมีขอบเขตที่แน่นอนชัดเจน เช่น Hillel Steiner²⁰ กล่าวว่า ข้อความคิดของ “ส่วนตัว” และ “สาธารณะ” เป็นข้อความคิดหรือ “ทฤษฎีที่ไม่สมดุล” (asymmetry thesis) กล่าวคือต่างเป็นข้อสมมุติฐานที่มีความตรงกันข้าม หรือมีจุดยืนที่ไม่คล้ายคลึงกัน (having sides that are not alike) นั่นคือมีลักษณะ สองประการคือ ไม่มีความสอดคล้องตรงกัน แต่ได้รับเนื้อหาจากกันและกัน (non-identical with instrumentally derive from, contents of latter)

แม้ว่าการแบ่งขอบเขตระหว่างสาธารณะกับส่วนตัวเป็นข้อความคิดที่มีความซับซ้อน ทั้งในด้านนัยที่หลากหลายขึ้น และอยู่กับระเบียบแบบแผน หรือวัฒนธรรมที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ข้อสมมุติฐานที่ถูกตั้งขึ้นตั้งแต่ก่อนและในเวลาต่อมา เมื่อพิจารณาใน โครงสร้างทฤษฎีทางสังคม จะเห็นได้ว่าความหมายของ “ส่วนตัว” และ “สาธารณะ” เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ของบุคคลที่ขยายไปถึงบุคคลอื่นๆ และเป็นเรื่องของกิจกรรม และการปฏิบัติในขอบเขตของสังคม ซึ่งขอบเขตของความเป็นส่วนตัว และความเป็นสาธารณะนั้น ไม่ได้เป็นเรื่องตรงข้ามหรือ แยกออกจากกันอย่างสิ้นเชิง แต่สิ่งทั้งสองมีความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ

การเกิดขึ้นของรัฐสมัยใหม่ในยุคที่อำนาจอธิปไตย ไม่ได้อยู่ที่พระมหากษัตริย์ อีกต่อไป อำนาจอธิปไตยได้อยู่ภายใต้การปกครองของประชาชน การแสดงออกซึ่งความคิดเห็นทางการเมือง อันเป็นสิทธิของพลเมืองและการมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศเป็นสิทธิของประชาชน ในสังคมประชาธิปไตย สิทธิในการตัดสินใจที่สำคัญเกี่ยวกับตนของปัจเจกบุคคลเป็นสาระสำคัญ เช่น

¹⁹ Ibid. P. 3.

²⁰ Ibid. P. 19.

สิทธิที่จะเลือกประกอบอาชีพ การจับจ่ายใช้สอย การเลือกหรือการสร้างครอบครัว การดำรงชีวิตอย่างมีความสุขและมีคุณภาพตามที่ใจต้องการ²¹ อาจกล่าวได้ว่าเป็นความเป็นส่วนตัวได้แก่ประโยชน์ส่วนตัว ที่เป็นพื้นฐานของความเป็นอยู่ที่ดี และบนพื้นฐานของความเป็นอยู่ที่ดีนี้ บุคคลย่อมต้องการการปกป้องรักษาความปลอดภัยเพื่อสนับสนุน ให้มีการพัฒนาศักยภาพของตน

ดังนั้น ในการแบ่งแยกขอบเขตส่วนตัวกับสาธารณะในสังคม ประชาธิปไตย จึงต้องกำหนดเงื่อนไขของการ ดำเนินชีวิตส่วนตัว โดยประชาชนสามารถมีชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคม ได้ โดยที่ยังคงเคารพในขอบเขต หรือความเป็นส่วนตัวของปัจเจกบุคคล กล่าวคือ ขอบเขตของความ เป็นส่วนตัวต้องอยู่บนพื้นฐาน ของการอยู่ร่วมกันในสังคม ดังนั้นแนวปฏิบัติของสังคมจึงเป็นปัจจัย สำคัญในการกำหนดขอบเขตความเป็น ส่วนตัว” กับความเป็น “สาธารณะ”

ขอบเขตของสาธารณะในบางครั้งอาจพิจารณาได้จากความมีอยู่ของทรัพย์สินสาธารณะ (public goods)²² ซึ่งเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือจากทรัพย์สินของเอกชน หรืออาจดูได้จากการถือเป็นการปฏิบัติในอสังหาริมทรัพย์ หรือการครอบครองสังหาริมทรัพย์ การใช้ทรัพย์สินสาธารณะ เพื่อ บริการแก่ประชาชน หรือการให้บริการแก่ผู้บริโภคร่วมกัน ถือว่าอยู่ในขอบเขตของสาธารณะแต่ บางกรณี แม้ทรัพย์สินเป็นของส่วนตัวของบุคคล แต่มีเรื่อง public functions เข้ามาเกี่ยวข้องการ แบ่งขอบเขตส่วนตัว กับขอบเขตสาธารณะย่อมต้องคำนึงถึงการมี public functions ร่วมด้วย เช่นใน คดี Marsh v. Alabama²³ การนำเอาทรัพย์สิน ส่วนตัวไปให้บุคคลทั่วไปได้ใช้ประโยชน์ ทรัพย์สิน ดังกล่าวแม้จะเป็นทรัพย์สินส่วนตัว แต่การให้เป็นสาธารณะ โยชน์ ถือว่าทำให้เกิด public functions ขึ้นมา กรณีดังกล่าวถือได้ว่าอยู่ในขอบเขตของสาธารณะเกี่ยวกับการแบ่งแยก ทรัพย์สินสาธารณะ กับทรัพย์สินส่วนตัวในทางเศรษฐศาสตร์

ในกรณีที่ เป็นทรัพย์สินที่ซื้อขาย หรือ ให้บริการแก่ผู้บริโภค ปริมาณการบริโภคของผู้บริโภคคนใดคนหนึ่ง ส่งผลให้เกิดการลด หรือ เป็นการจำกัดความสามารถในการบริโภคของ บุคคลคนอื่น ซึ่งแม้จะเป็นผู้บริโภคส่วนใดส่วนหนึ่งซึ่งไม่ใช่ทุกคนที่จะใช้ก็ตาม แต่มีลักษณะเป็น ของที่ใช้ร่วมกันของคนส่วนใหญ่ เช่น การให้บริการในทางการแพทย์ หรือการให้บริการขนส่งมวลชน กรณีนี้ ถือว่าอยู่ในขอบเขตของสาธารณะ ซึ่งต่างจากทรัพย์สินส่วนตัว ซึ่งการใช้ของบุคคล ใดบุคคลหนึ่งไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับคนอื่น ๆ จึงไม่เป็นการลดความสามารถในการใช้ของบุคคล อื่นๆ จึงถือเป็นเรื่องทรัพย์สิน ที่อยู่ในขอบเขตส่วนตัวของบุคคล เป็นต้น

²¹ Ibid. P. 36.

²² Ibid. P. 21.

²³ คดี Marsh v. Alabama. (1946). 326 U.S. 501.

ในเรื่องขอบเขตของความเป็นส่วนตัวกับขอบเขตสาธารณะมักเป็นประเด็นขัดแย้งในทางสังคมวิทยาทฤษฎี (Sociology)²⁴ เมื่อพิจารณาถึงข้อเท็จจริง (fact) ทางสังคม การดำเนินชีวิตของปัจเจกชนภายใต้กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย นับตั้งแต่คดีบรรทัดฐาน Roe v. Wade²⁵ ซึ่งพิพากษาว่าการทำแท้งเป็นสิทธิส่วนตัวของหญิงแต่ก็ยังมีประเด็นขัดแย้ง ในขอบเขตดังกล่าว เพราะถึงแม้ว่าจะมีข้อสรุปว่าการทำแท้งเป็นเรื่องส่วนตัวของหญิงและคู่สมรสบนพื้นฐานที่ว่า บุคคลย่อมมีความสามารถที่จะควบคุมตัวตนได้ (self – regulation) แต่กรณีนี้มีประเด็นเกี่ยวข้องกับศีลธรรมและเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิของมนุษย์ที่เกิดขึ้นในอนาคต

ดังนั้นในกรณีนี้รัฐสงวนสิทธิที่จะเข้าควบคุมหากมีการทำแท้งเกิดขึ้น โดยการทำให้ทำได้โดยต้องอยู่ภายใต้การดูแลของแพทย์ผู้รักษา ซึ่งแพทย์อาจอนุญาตให้มีการทำแท้งได้ภายใต้การวินิจฉัยของแพทย์ในบางกรณี เช่น มารดามีปัญหาสุขภาพ เกิดการตกเลือด มารดาถูกข่มขืน หรือ การคลอดเด็กจะเป็นอันตรายต่อชีวิตของมารดา

กรณีของบุคคลสาธารณะ มีความคาบเกี่ยวระหว่างความเป็นส่วนตัว และผลประโยชน์ที่จะเกิดแก่สาธารณะ กล่าวคือ เรื่องราวเกี่ยวกับการทำงานหรือการดำเนินชีวิตของบุคคลสาธารณะสามารถส่งผลกระทบต่อความเป็นไปของสังคม และอยู่ในขอบเขตของสาธารณะ แม้ว่าในข้อเท็จจริงบางเรื่องโดยทั่วไปแล้วถือว่าเป็นเรื่องส่วนตัวก็ตาม เช่นเดียวกับในกรณีความเป็นส่วนตัวในสถานที่ทำงาน ลูกจ้างพนักงานมีสิทธิส่วนตัวในควมมีตัวตนของเขาแต่เนื่องมาจากหน้าที่ความรับผิดชอบทางการงาน ทำให้ต้องเกิดการตรวจสอบจากนายจ้าง กรณีนี้เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง ตามกฎหมายแรงงานสัมพันธ์ ในทางปฏิบัติ นายจ้างและลูกจ้างมักทำข้อตกลงหรือสัญญา เพื่อเป็นการกำหนดขอบเขต โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเกิดข้อขัดแย้งในกรณีที่มีการละเมิดความเป็นส่วนตัว ก็ต้องทำสัญญา หรือข้อตกลงมาเป็นพื้นฐาน เพื่อหาข้อยุติอย่างใดก็ได้ในการก่อให้เกิดความผูกพันตามสัญญา ลูกจ้างมักจะเป็นผู้ที่มีอำนาจในการต่อรองน้อยกว่านายจ้าง จึงต้องยอมผูกพันตามสัญญา

กล่าวโดยสรุปถึงแม้ว่าการแบ่งขอบเขตส่วนตัวและขอบเขตสาธารณะยังไม่มีคำอธิบายอย่างชัดเจน อย่งไรก็ดี จากการพิจารณาทั้งในทางทฤษฎี กฎหมาย และในทางสังคมวิทยา อาจสรุปของเขตความเป็นส่วนตัวซึ่งสอดคล้องกับคำอธิบายข้างต้นได้จากหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1) เป็นเรื่องที่ไม่มีความเกี่ยวข้องหรือไม่ได้มีผลกระทบต่อสังคม ได้แก่ เรื่องเกี่ยวกับเนื้อตัว ร่างกายและทรัพย์สินของบุคคล

²⁴ Turkel Gerald. (1988). *The Public / Private distinction : Approaches to the critique of legal ideology*. P. 801 (อ้างถึงใน ปรีดี เกษมทรัพย์. (2539). *นิติปรัชญา*.)

²⁵ คดี Roe v. Wade. (1976). 410 U.S. 113.

2) เป็นกิจกรรมที่เป็นเรื่องเฉพาะตัวของบุคคล ได้แก่ ร่างกาย พฤติกรรมเฉพาะตัวต่อความสัมพันธ์ของสมาชิกในครอบครัว การทำมาหาได้ซึ่งทรัพย์สินเงินทองที่ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสังคม กิจกรรมทางสังคมวัฒนธรรม เช่น แนวทางการดำเนินชีวิต การติดต่อสื่อสาร การประกอบอาชีพ ความสัมพันธ์กับบุคคลอื่น ๆ

3) เป็นเรื่องเกี่ยวกับ ทศนคติ ความเชื่อ ธรรมเนียม อุดมการณ์ ศาสนา หรือลัทธิทางการเมือง การปกครอง

4) กรณีอื่นๆ ที่อาจถือได้ว่าเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคล ซึ่งอาจพิจารณาจากพื้นฐานทางวัฒนธรรม และแนวทางปฏิบัติในสังคม

2.4 สาธารณคดีและสถานะของหลักความพอสมควรแก่เหตุ

พัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้น เป็นหลักเกณฑ์ที่มุ่งควบคุมการใช้อำนาจรัฐในการดำเนินการต่างๆ โดยพิจารณาที่ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่รัฐนำมาใช้กับผลที่จะได้รับจากการใช้มาตรการนั้น รวมทั้งผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นกับสาธารณะและผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ดังนั้น มาตรการที่รัฐจะนำมาใช้ต้องก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ตรงตามวัตถุประสงค์ของมาตรการนั้น โดยรัฐต้องใช้มาตรการนั้นเท่าที่จำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของมาตรการ อีกทั้งผลประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้มาตรการดังกล่าวกับผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องได้สัดส่วนกัน

โดยที่หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นผลมาจากหลักนิติรัฐ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ และมีเนื้อหาเกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจรัฐขององค์กรของรัฐทั้งปวง หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญ ซึ่งในเรื่องสถานะของหลักความพอสมควรแก่เหตุ มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ลงวันที่ 15 ธันวาคม 1965 ได้วินิจฉัยว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุมีสถานะเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ²⁶ นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยังได้วินิจฉัยว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุมีสถานะเป็นกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญที่ควบคุมการกระทำทั้งปวงของรัฐ ดังนั้น รัฐจึงต้องอยู่ภายใต้การควบคุมโดยหลักความพอสมควรแก่เหตุ

²⁶ Mahendra P. Singh. *Geman Administrative Law in Common Law Perspective*. 2 edition, (Berlin : Springer, 2001). P. 161 (อ้างถึงใน ศรีรัตน์ งามนิสัย. (2550). *หลักความพอสมควรแก่เหตุ : พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย*.)

2.4.1 ในระบบกฎหมาย เยอรมัน

นิยามของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ให้คำจำกัดความหลักความพอสมควรแก่เหตุว่า “การแทรกแซงสิทธิเสรีภาพจะต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมและมีความจำเป็นเท่าที่จะทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐบรรลุผลขึ้นมาได้ โดยบุคคลจะต้องไม่มีภาระหน้าที่มากเกินไปกว่าความจำเป็น (Excessive burden) และบุคคลจะได้รับผลกระทบจากภาระหน้าที่นั้นแต่พอสมควรแก่เหตุ” ดังนั้น การแทรกแซงสิทธิเสรีภาพจะต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมและมีความจำเป็นเท่าที่จะทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐบรรลุผล โดยให้บุคคลได้รับผลกระทบจากภาระหน้าที่นั้นแต่พอสมควร (reasonable)

องค์ประกอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุดังกล่าวเป็นผลจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมใช้มาตรการในการตรวจสอบจดหมาย การติดต่อสื่อสารทางโทรศัพท์ และการติดต่อสื่อสารโดยวิธีการอื่นๆ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตาม รัฐบัญญัติว่าด้วยการจำกัดการติดต่อสื่อสารทางจดหมาย ทางไปรษณีย์ และสื่อสารทางไกล ฉบับลงวันที่ 13 สิงหาคม 1968 ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า ตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้น มาตรการตรวจสอบดังกล่าวต้องมีผลสัมฤทธิ์เพื่อให้มาตรการในการแทรกแซงสิทธิในการติดต่อสื่อสารสามารถคุ้มครองต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองได้ เช่น การรับรู้และการค้นพบอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับเยอรมันอันเนื่องมาจากการโจมตีโดยอาวุธได้ทันเวลา นอกจากนี้ มาตรการตรวจสอบดังกล่าวต้องมีความจำเป็นด้วย หากมีมาตรการอื่นที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยกว่าและเป็นมาตรการที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ มาตรการตรวจสอบตามกฎหมายนี้ก็ไม่ถือว่าเป็นมาตรการที่มีความจำเป็น และมาตรการดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ คือ ผลประโยชน์ที่ได้รับจากมาตรการตรวจสอบนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์ที่เหมาะสมกับผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล²⁷

1) หลักความเหมาะสม (suitability)

จากคดีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ในการพิจารณาว่าการใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูล แทรกแซงสิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารของปัจเจกบุคคล โดยใช้เป็นมาตรการตรวจสอบจดหมายและการติดต่อสื่อสารทางโทรศัพท์ จะเป็นมาตรการที่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ ต้องพิจารณาว่ามีความเหมาะสมกับมาตรการที่รัฐนำมาใช้หรือไม่ กล่าวถึง เมื่อรัฐนำมาตรการใดมาใช้บังคับ ต้องปรากฏว่ามาตรการนั้นจะต้องเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้เกิดขึ้น หรือทำให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนดไว้

²⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2544). ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า. 305.

หลักความเหมาะสมเป็นหลักที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่รัฐนำมาใช้กับการบรรลุวัตถุประสงค์ของมาตรการนั้น โดยความหมายเดิมของหลักความเหมาะสมจะต้องปรากฏอย่างชัดเจนว่ามาตรการใดๆ ที่รัฐนำมาใช้ต้องบรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนดไว้ แต่ความหมายของหลักความเหมาะสมตามแนวใหม่นั้น ถ้ามาตรการที่รัฐนำมาใช้ได้รับการประเมินว่ามีความเป็นไปได้อย่างชัดเจนที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนดได้ ก็เป็นมาตรการที่ชอบด้วยหลักความเหมาะสม

ในการใช้อำนาจรัฐขององค์กรนิติบัญญัติให้สอดคล้องกับหลักความเหมาะสม²⁸ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้กำหนดคำจำกัดความของหลักความเหมาะสมว่า มาตรการที่สอดคล้องกับหลักความเหมาะสมคือ มาตรการที่สามารถส่งเสริมให้เกิดผลที่ต้องการได้ นอกจากนี้ มาตรการหรือกฎเกณฑ์ซึ่งจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล จะต้องสอดคล้องกับหลักความเหมาะสม กล่าวคือ กฎเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องป้องกันมิให้เกิดอันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง

คำจำกัดความดังกล่าว แสดงให้เห็นถึงการควบคุมอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติในการใช้มาตรการต่างๆ ให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญสองประการ ได้แก่ ประการที่ 1 มาตรการที่ไม่เคารพต่อหลักความสัมฤทธิ์ผลคือมาตรการที่ไม่สามารถก่อให้เกิดผลตามที่ต้องการได้ ประการที่ 2 หากมาตรการนั้นก่อให้เกิดผลบางส่วนอย่างเป็นรูปธรรม ก็ถือว่าเพียงพอต่อการพิจารณาว่ามาตรการนั้นสอดคล้องกับหลักความเหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการขององค์กรนิติบัญญัติที่ต้องอาศัยระยะเวลาในการก่อให้เกิดผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์ของมาตรการนั้น นอกจากนี้ ในเวลาที่องค์กรนิติบัญญัติตัดสินใจเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งมาใช้ แม้ว่ามาตรการนั้นอาจจะไม่สนับสนุนวัตถุประสงค์ที่องค์กรนิติบัญญัติต้องการอย่างชัดเจนได้ หรือแม้จะมีข้อเท็จจริงว่ามาตรการที่องค์กรนิติบัญญัตินำมาใช้ยังไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้ ณ เวลานั้น แต่ถ้ามาตรการนั้นยังไม่ถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยอัตโนมัติ มาตรการดังกล่าวก็ยังสามารถบังคับใช้ได้ เช่น ศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายภาษีพิเศษเกี่ยวกับการขนส่งสินค้าทางไกล (Werkfemverkehrs) ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากระยะเวลาในการใช้บังคับมาตรการทางภาษีนี้นี้มีระยะเวลาที่สั้นเกินไปที่จะก่อให้เกิดผลตามวัตถุประสงค์ที่องค์กรนิติบัญญัติต้องการอย่างเป็นรูปธรรม

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ต้องทบทวนการกำหนดข้อเท็จจริงและการคาดการณ์ขององค์กรนิติบัญญัติ โดยศาลรัฐธรรมนูญ

²⁸ Nicholas Emiliou. (1996). *The Principle of Proportionality in European Law*. P. 26 – 28.

(อ้างถึงใน ศรีรัตน์ งามนิสัย. (2550). *หลักความพอสมควรแก่เหตุ : พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย*.)

แห่งสหพันธ์จะสันนิษฐานไว้ก่อนว่า องค์การนิติบัญญัติได้คาดการณ์และประเมินสถานการณ์อย่างถูกต้อง จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่าการคาดการณ์และการประเมินสถานการณ์นั้นมีความผิดพลาด ทั้งนี้ เป็นที่ยอมรับว่าองค์การนิติบัญญัติมีสิทธิทำผิดพลาด (Right to err) ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการคาดการณ์อนาคตและการนำมามาตรการทางนิติบัญญัติมาปฏิบัติ มาตรการที่เกิดจากการที่องค์การนิติบัญญัติคาดการณ์ผิดพลาดจะได้รับการวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น องค์การนิติบัญญัติสามารถใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการประเมินสถานการณ์ได้

ในระหว่างที่มาตรการต่าง ๆ มีผลบังคับ และมีการพิสูจน์ว่ามาตรการนั้นไม่อาจก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ องค์การนิติบัญญัติควรเลือกที่จะแก้ไขปรับปรุงมาตรการนั้นหรือยกเลิกมาตรการนั้นเสีย ตัวอย่างเช่น ในคดี Muhlengesetz²⁹ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า หากมีการพิสูจน์ว่าการประเมินสถานการณ์ขององค์การนิติบัญญัติเกิดความผิดพลาดในทางปฏิบัติ องค์การนิติบัญญัติมีภาระหน้าที่ในการแก้ไขปรับปรุงหรือยกเลิกมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการประเมินสถานการณ์นั้น

2) หลักความจำเป็น (necessity) คือ มาตรการใดๆ ที่รัฐนำมาใช้ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐกำหนดไว้บรรลุผล มาตรการนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็น กล่าวคือ องค์การของรัฐไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะนำมาปฏิบัติได้ เพราะเป็นมาตรการที่จำกัดเสรีภาพของบุคคลน้อยกว่า มาตรการนี้ มาตรการที่จำเป็นไม่ได้หมายถึงวิธีการที่มีความจำเป็น แต่เป็นการเลือกวิธีการที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐบรรลุผล และวิธีการนั้นจะต้องไม่จำกัดเสรีภาพของบุคคลมากเกินไปจนเกินความจำเป็น จึงกล่าวได้ว่าหลักความจำเป็นคือ หลักว่าด้วยการใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุด (the principle of mildest means) โดยเรียกร้องว่า ในบรรดามาตรการหลายมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐบรรลุผลสำเร็จ จะมีเพียงมาตรการเดียวที่ควรปฏิบัติตาม คือ มาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลน้อยที่สุด และเป็นมาตรการที่ทำให้สังคมสูญเสียประโยชน์น้อยที่สุด³⁰ ดังนั้น มาตรการที่รัฐนำมาใช้อาจจะก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ตรงตามวัตถุประสงค์ของรัฐ แต่มาตรการนั้นอาจจะไม่ชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุ เพียงแต่เป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลน้อยที่สุด

²⁹ Ibid. P. 28.

³⁰ Mahendra P. Singh. *Geman Administrative Law in Common Law Perspective*. 2 edition, (Berlin : Springer, 2001). P. 164 (อ้างถึงใน ศรีรัตน์ งามนิสัย. (2550). *หลักความพอสมควรแก่เหตุ : พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย*.)

สำหรับการใช้หลักความจำเป็นขององค์กรณีบัญญัติ³¹ หากมีมาตรการที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์หลายมาตรการ องค์กรณีบัญญัติย่อมต้องเลือกใช้มาตรการที่ทำให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุด ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคมีคำวินิจฉัยว่า ในการเลือกใช้มาตรการทางนิติบัญญัติที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการนั้น หากมีมาตรการใดที่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันและเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลน้อยที่สุด องค์กรณีบัญญัติจะต้องเลือกใช้มาตรการนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีความเห็นว่า หลักความจำเป็นซึ่งเป็นองค์ประกอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุมีความหมายแตกต่างจากความหมายทั่วไป หลักความจำเป็นมิได้หมายความถึงการพิจารณาว่ามาตรการที่องค์กรณีบัญญัติจะนำมาใช้เป็นมาตรการที่มีความจำเป็นจริงๆ หรือไม่ หากแต่ต้องพิจารณาว่าในบรรดามาตรการที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพเท่ากันหรือมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ขององค์กรณีบัญญัติสัมฤทธิ์ผลเช่นเดียวกันนั้น มาตรการใดเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดความรุนแรงน้อยที่สุด ความรุนแรงน้อยที่สุดในที่นี้จึงหมายถึงมาตรการนั้นจะต้องมีผลกระทบต่อสถานะทางกฎหมายของผู้ที่เกี่ยวข้องน้อยที่สุด ดังนั้น หลักความจำเป็นจึงเกี่ยวข้องกับระดับการที่รัฐเข้าไปแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของบุคคล ซึ่งถูกกำหนดด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

ส่วนการพิจารณาเปรียบเทียบว่ามาตรการสองมาตรการที่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกัน หลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้กำหนดแนวทางไว้ว่า กรณีต้องพิจารณาว่ามาตรการสองมาตรการที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพเท่ากันนั้น หากมาตรการหนึ่งจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลน้อยกว่าอีกมาตรการหนึ่ง รัฐต้องเลือกใช้มาตรการนั้น อย่างไรก็ตาม องค์กรณีบัญญัติไม่จำเป็นต้องจำกัดการใช้มาตรการที่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันเพียงมาตรการใด มาตรการหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยอมรับว่าองค์กรณีบัญญัติมีเสรีภาพที่จะประเมินสถานการณ์หรืออันตรายที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตได้ และยังมีเสรีภาพในการกำหนดขอบเขตการใช้ดุลพินิจที่เกี่ยวกับการเลือกมาตรการที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์มากที่สุด (The most suitable means) หลังจากที่ตั้งสมมุติฐานและประเมินสถานการณ์ในอนาคตแล้ว เพื่อให้การดำเนินการเป็นไปตามวัตถุประสงค์ขององค์กรณีบัญญัติ องค์กรณีบัญญัติอาจเลือกมาตรการที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์มากกว่ามาตรการหนึ่งได้

ในการที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะพิจารณาตรวจสอบว่ามาตรการขององค์กรณีบัญญัติที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์เป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่ มีหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้ 1) มาตรการแต่ละมาตรการที่ได้รับการประเมิน โดยการตั้งสมมุติฐาน (Ex ante) ว่าเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกัน และมาตรการที่จะประกาศใช้เป็นกฎหมายได้ต้องเป็นมาตรการที่มีความรุนแรงน้อย

³¹ Nicholas Emiliou. (1996). *The Principle of Proportionality in European Law*. P. 29. (อ้างถึงใน ศรีรัตน์ งามนิสัย. (2550). *หลักความพอสมควรแก่เหตุ : พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย*.)

ที่สุด 2) หลังจากที่มีการประเมินสถานการณ์โดยอาศัยข้อเท็จจริง (ex post) แล้ว มาตรการที่จะประกาศใช้เป็นกฎหมายได้ ต้องเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิน้อยกว่ามาตรการอื่นๆ

นอกจากการตรวจสอบความจำเป็นของมาตรการของรัฐตามหลักเกณฑ์ข้างต้นแล้ว ในกรณีของมาตรการของรัฐที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดการกระทบต่อสาธารณะ การตรวจสอบความจำเป็นของมาตรการของรัฐในกรณีเช่นนี้ จะต้องพิจารณาว่ามาตรการนั้น ต้องก่อให้เกิดผลกระทบต่อสาธารณะน้อยที่สุด ส่วนในกรณีของมาตรการของรัฐที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง แต่ในขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์ของบุคคลอีกกลุ่มหนึ่ง การพิจารณาความจำเป็นของมาตรการของรัฐในกรณีนี้ จะต้องพิจารณาว่าผลกระทบหรือความเสียหายที่เกิดกับบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งอยู่ในระดับที่มีความสำคัญกว่าผลกระทบหรือความเสียหายของกลุ่มบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งหรือไม่³²

หลักความจำเป็นได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการที่มีความสำคัญ เพราะเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการควบคุมมิให้องค์กรของรัฐก้าวล่วงเขตแดนของสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ตัวอย่างของกรณีนี้คือ ในเบอร์ลิน ปี ค.ศ. 1968 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ชาวเวียดนามออกมาเดินขบวนผู้บังคับบัญชาสูงสุดของตำรวจท้องถิ่นได้ออกคำสั่งห้ามการเดินขบวน แม้กระนั้นก็ยังมียุทธศาสตร์ประท้วงจำนวนหนึ่งที่ปิดแผ่นป้าย ตำรวจได้จับกุมชายผู้หนึ่งซึ่งกำลังติดแผ่นป้ายบนกำแพงบ้านซึ่งอยู่ในเขตที่อยู่อาศัย ชายผู้นี้ถูกคุมขังตลอดคืนและตลอดวันของวันรุ่งขึ้น จนกระทั่งการเดินขบวนสิ้นสุด ชายผู้ถูกจับกุมได้อุทธรณ์ต่อศาลปกครองของเบอร์ลิน ศาลได้วินิจฉัยว่าการจับกุมดังกล่าวไม่มีความจำเป็นต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน เนื่องจากการยึดหรือริบวัสดุอุปกรณ์ในการเผยแพร่โฆษณาชวนเชื่อก็เพียงพอแล้ว³³

2.4.2 ในระบบกฎหมาย สหภาพยุโรป

หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักที่เรียกร้องว่าการกระทำใดๆก็ตาม จะต้องมีความเหมาะสม (Appropriate) และมีความจำเป็น (indispensable) ซึ่งการกระทำที่มีความเหมาะสม คือการกระทำที่อาจไม่สามารถทำให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ที่ต้องการ แต่เป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดอันตรายน้อยที่สุด ส่วนการกระทำที่มีความจำเป็น คือการกระทำที่ไม่สามารถแทนที่ได้ด้วยการกระทำอื่นใด ในอันที่จะก่อให้เกิดประสิทธิภาพอย่างเท่าเทียมกันได้ อันเพื่อจะให้บรรลุวัตถุประสงค์

³² บรรเจิด สิงคะเนติ. (2544). ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า. 311.

³³ Nicholas Emiliou. (1996). *The Principle of Proportionality in European Law*. P. 31. (อ้างถึงใน ศรีรัตน์ งามนิสัย. (2550). หลักความพอสมควรแก่เหตุ : พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย.)

ประสงค์ที่กำหนดไว้และต่อวัตถุประสงค์ประการอื่นๆ หรือประโยชน์ที่ต้องการคุ้มครองโดยกฎหมายสหภาพยุโรป

การให้นิยามหลักความพอสมควรแก่เหตุของศาลในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป³⁴ ศาลได้ให้นิยามของหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นครั้งแรกในคดี Fedechar ใน ค.ศ. 1955 ซึ่งในระยะแรกของการวินิจฉัยคดีโดยหลักความพอสมควรแก่เหตุนี้ ศาลได้กล่าวอ้างถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยให้นิยามว่า ตามที่มีการยอมรับหลักนิติรัฐเป็นการทั่วไปนั้น การโต้แย้งโดยทางอ้อมของคณะเจ้าหน้าที่ชั้นสูง (High Authority) ต่อการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องปรากฏว่าเป็นการกระทำที่พอสมควร (proportion) กับน้ำหนักของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

นิยามของหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ได้รับการกล่าวอ้างมากที่สุดในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป คือ นิยามที่ปรากฏในคดี Fromançais ซึ่งศาลให้คำนิยามไว้ว่า “เพื่อจะพิสูจน์ว่าบทบัญญัติในกฎหมายประชาคมยุโรปสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุและเป็นบทบัญญัติที่มีความจำเป็นหรือไม่ ประการที่หนึ่ง จะต้องพิจารณาว่ามาตรการที่นำมาใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์มีลักษณะสอดคล้องกับสาระสำคัญของวัตถุประสงค์ในการนำมาตราการนั้นมาใช้หรือไม่ และประการที่สอง มาตรการต่าง ๆ เหล่านั้นมีความจำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ในการใช้มาตรการเหล่านั้นหรือไม่”

นิยามดังกล่าวมีขอบเขตแคบกว่านิยามของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายเยอรมัน เนื่องจากนิยามนี้ไม่ได้กล่าวถึงหลักการย่อย ที่ว่าด้วยความสัมฤทธิ์ผล (the sub principle of suitability) อย่างไรก็ตาม ในระยะต่อมาศาลมีแนวโน้มที่จะนำข้อความคิดว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายเยอรมันมาใช้บังคับมากขึ้น โดยเห็นได้จากนิยามของหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ว่า “หลักความพอสมควรแก่เหตุเรียกร้องว่า มาตรการที่นำมาใช้โดยสถาบันในประชาคมยุโรป จะต้องไม่เป็นการจำกัดสิทธิเกินขอบเขตของความเหมาะสมและความจำเป็นเพื่อจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ นอกจากนี้ เมื่อมีมาตรการที่ทำให้เกิดความสัมฤทธิ์ผลหลายๆ มาตรการให้เลือกปฏิบัติได้ มาตรการที่นำมาใช้จะต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดภาระน้อยที่สุด และความเสียหายอันเกิดจากมาตรการนั้นจะต้องได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ต้องปฏิบัติตาม” อย่างไรก็ตาม นิยามดังกล่าวอาจมีความแตกต่างกันไปตามบริบทของคดีที่ต่างประเภทกัน

ก่อนที่จะมีการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมารวมไว้ใน EC Treaty ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุไปใช้วินิจฉัยคดีจำนวนมาก ซึ่งในระยะนั้นหลักความพอสมควรแก่เหตุมีความหลากหลายแตกต่างกันไปตามบริบทของกฎหมายประชาคมยุโรปที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม อาจแบ่งการนำข้อความคิดว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุไปใช้ได้

³⁴ แหล่งเดิม. หน้า 134 – 135.

เป็นสองแบบ ได้แก่ 1) การใช้ข้อความคิดว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุในบริบทของการกำหนดอำนาจในการตรากฎหมายของประชาคมยุโรป และองค์กรต่างๆ ของประชาคมยุโรป โดยใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุกำหนดภาระหน้าที่ตามกฎหมายประชาคมยุโรปให้ถูกต้องตามกฎหมาย และ 2) การใช้ข้อความคิดว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุในการกำหนดการกระทำของรัฐสมาชิก เมื่อประเทศเหล่านั้นกระทำภายในขอบเขตของกฎหมายประชาคมยุโรป³⁵

ต่อมาเมื่อได้มีการรวมข้อความคิดว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุในสนธิสัญญาในวรรคท้ายของมาตรา 3b³⁶ ของ EC Treaty ซึ่งแก้ไขโดย The Maastricht Treaty (ปัจจุบันคือ มาตรา 5 ของ EC Treaty ซึ่งแก้ไขโดย The Amsterdam Treaty) ที่ได้บัญญัติว่า การกระทำทุกอย่างของประชาคมจะต้องไม่อยู่เหนือความจำเป็นที่จะบรรลุวัตถุประสงค์สนธิสัญญานี้ หรืออาจกล่าวได้ว่า มาตรา 3b เป็นบทบัญญัติที่กำหนดความหมายของหลักความพอสมควรแก่เหตุโดยให้ความสำคัญกับการกระทำขององค์กรในประชาคมยุโรปว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดภาระมากกว่าผลประโยชน์ที่จะตามมาหรือไม่³⁷

ทำให้เกิดการพัฒนา ในส่วนของความหมายของหลักความพอสมควรแก่เหตุที่เกี่ยวกับการกระทำของรัฐสมาชิก กล่าวคือ เมื่อรัฐสมาชิกกระทำการภายในขอบเขตของกฎหมายสหภาพยุโรป ดังที่ปรากฏในคดี C-55/94 Gebhard (1995) ECR I - 4165³⁸ ซึ่งศาลยุติธรรมแห่งยุโรปวินิจฉัยว่า มาตรการภายในของประเทศสมาชิกที่มีแนวโน้มว่าจะไม่มีการรับประกันเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามสนธิสัญญามาตรการดังกล่าว จะต้องทำให้วัตถุประสงค์ที่จะต้องดำเนินการตามเกิดความสัมฤทธิ์ผล และมาตรการเหล่านั้นจะต้องไม่อยู่นอกเหนือความจำเป็นที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้น

จากความหมายของหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ปรากฏในคดีต่างๆ จะเห็นได้ว่าศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้ใช้ถ้อยคำที่แสดงความหมายของหลักความพอสมควรแก่เหตุแตกต่างกันไปเช่น

³⁵ John A. Usher. (1998). **General Principles of EC Law**. P. 37.

³⁶ Article 3b The Community shall act within the limits of the powers conferred upon it by this Treaty and of the objectives assigned to it therein. - In areas which do not fall within its exclusive competence, the Community shall take action , in accordance with the principle of subsidiarity, only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the member-States and can therefore, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved by the Community. - Any action by the Community shall not go beyond what is necessary to achieve the objectives of this Treaty.

³⁷ John A. Usher. (1998). **General Principles of EC Law**. P. 38. (อ้างถึงใน ศรีรัตน์ งามนิสัย. (2550). **หลักความพอสมควรแก่เหตุ : พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย.**)

³⁸ Ibid. P. 40.

คำว่า “จำเป็น” (necessary) “เหมาะสม” (suitable) “มีความจำเป็นอย่างยิ่ง” (essential) แต่อย่างไรก็ตาม แนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมยุโรปไม่ได้แสดงให้เห็นถึงองค์ประกอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุอย่างชัดเจน ดังเช่นที่ปรากฏในระบบกฎหมายของเยอรมัน แม้ว่าแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรปในหลายๆ คดีจะพิจารณาหลักความพอสมควรแก่เหตุเพียงแง่มุมเดียว แต่หากพิจารณาหลักกฎหมายอันเกิดจากคำพิพากษา รวมทั้งความเห็นของ Advocate-General เกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุแล้ว เปรียบเทียบกับการใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลแล้ว สาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุจะประกอบด้วย หลักความสัมฤทธิ์ผล (suitability) และหลักความจำเป็น (necessity)

1) หลักความเหมาะสม (suitability) คือ หลักที่นำมาพิจารณาว่ามาตรการที่นำมาใช้เป็นมาตรการที่เหมาะสมต่อการทำให้วัตถุประสงค์ของมาตรการนั้นเกิดผลสัมฤทธิ์หรือไม่³⁹ ซึ่งคำพิพากษาของศาลในหลายคดีตัดสินว่า มาตรการที่นำมาใช้จะสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุต่อเมื่อ มาตรการนั้นทำให้วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้เกิดความสัมฤทธิ์ผล ซึ่งความเหมาะสมของมาตรการเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ เช่น วิธีการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 40(1) ของ EC Treaty ซึ่งจะทำให้บรรลุผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 39(1) ของ EC Treaty เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสัมฤทธิ์ผลของมาตรการที่จะนำไปใช้

ดังนั้นเมื่อ ศาลได้วินิจฉัยไว้ในคดีลักษณะเดียวกันนี้ว่า มาตรการแทรกแซงทางเศรษฐกิจจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดผลสำเร็จอย่างแน่แท้ และมาตรการดังกล่าวจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมก็ต่อเมื่อทำให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการเป็นจริง⁴⁰ จึงเปรียบได้ว่าการที่จะวางหลักเกณฑ์ของอำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูล หลักเกณฑ์นี้จะต้องทำให้วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้เกิดความสัมฤทธิ์ผล สำหรับกำหนดความเหมาะสมของมาตรการใดๆ ให้เป็นที่แน่นอนนั้น ศาลจะจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบการประเมินว่า เป็นมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์บรรลุผลอย่างชัดเจนหรือไม่ โดยจะพิจารณาความสัมฤทธิ์ผลของมาตรการในเวลาที่มีการนำมาตรการนั้นมาใช้ แม้ว่าในภายหลังจะปรากฏว่ามีความจำเป็นที่จะต้องเพิ่มเติมขั้นตอนเพื่อให้มาตรการเกิดผลสัมฤทธิ์โดยสมบูรณ์ก็ตาม

³⁹ Takis Tridimas. (1999). *The General Principles of EC Law*. P. 91 – 92.

⁴⁰ Schwarze Jurgen. (1992). *European Administrative Law*. P. 855 – 856. (อ้างถึงใน ศรีรัตน์ งามนิสัย. (2550). *หลักความพอสมควรแก่เหตุ : พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย*.)

2) หลักความจำเป็น (necessity) คือ หลักที่นำมาพิจารณาว่ามาตรการที่นำมาใช้เพื่อให้วัตถุประสงค์ของมาตรการเกิดผลสัมฤทธิ์นั้น เป็นมาตรการที่มีความจำเป็นหรือไม่ กล่าวคือ มีมาตรการอื่นที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์อย่างเดียวกัน และเป็นมาตรการที่มีข้อจำกัดน้อยที่สุดหรือไม่⁴¹

หลักความจำเป็นเป็นหลักเกณฑ์สำคัญที่ศาลนำไปใช้ตัดสินคดีส่วนใหญ่ที่เกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ และเป็นหลักเกณฑ์ที่นำไปใช้ในการวินิจฉัยคดีในระยะแรก โดยศาลจะประเมินว่ามาตรการที่นำมาใช้มีความจำเป็นหรือไม่ ซึ่งมักจะพบในคดีที่มีการกำหนดภาระหน้าที่อันเกินขอบเขตให้กับบุคคล เช่น คดีที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูล ในคดีส่วนใหญ่ ศาลยืนยันว่ามาตรการของประชาคมยุโรปจะต้องไม่เกินกว่าความจำเป็นต่อการดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ หลักความจำเป็นกำหนดว่ามาตรการที่นำมาใช้ซึ่งเป็นมาตรการที่ทำให้บรรลุผลสำเร็จ จะต้องเป็นมาตรการที่มีข้อจำกัดน้อยที่สุดในบรรดามาตรการที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์นั้น มาตรการที่จะนำมาใช้ได้มีเพียงมาตรการเดียว คือ มาตรการที่ก่อให้เกิดความรุนแรงน้อยที่สุด

2.4.3 ในระบบกฎหมาย ไทย

พัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในประเทศไทย ในระยะก่อนที่นักวิชาการจะเขียนตำราเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุโดยอาศัยองค์ความรู้เกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายต่างประเทศนั้น ศาลยุติธรรมได้พัฒนาหลักความพอสมควรแก่เหตุจากการให้เหตุผลในคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เพื่อวินิจฉัยว่าการใช้อำนาจรัฐในคดีดังกล่าวไม่ถูกต้องและไม่เป็นธรรมอย่างไร แต่พัฒนาการในช่วงระยะเวลานั้น ศาลยุติธรรมยังไม่ได้สรุปว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุมีสาระสำคัญและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไร เป็นแต่เพียงการนำสาระสำคัญบางประการของหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นเหตุผลในการวินิจฉัยคดี เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในคดีนั้น

ต่อมาพัฒนาการในทางตำราเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุได้พัฒนาเพิ่มขึ้น โดยมีการแปลตำรากฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ จนกระทั่งมีการเขียนตำราและบทความที่อธิบายถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายไทย ว่าหลักดังกล่าวเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ ที่ห้ามมิให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร องค์กรของรัฐต้องใช้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่อง ในการตรวจสอบว่ารัฐละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินความจำเป็นหรือไม่ จะต้องนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นหลักเกณฑ์ใน

⁴¹ Takis Tridimas. (1999). *The General Principles of EC Law*. P. 92.

การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในกระทำของรัฐ เพื่อให้รัฐล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินความพอดี

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าองค์ความรู้เกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายไทยมีรากฐานที่สำคัญจากพัฒนาการในทางตำรา ซึ่งในทางตำราได้อธิบายความหมายของหลักความพอสมควรไว้ดังนี้ หลักความพอสมควรแก่เหตุ หมายถึง หลักการที่ห้ามมิให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรหรือใช้อำนาจนั้นตามอำเภอใจ⁴² ทั้งองค์กรของรัฐต้องใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริงนั้นๆ⁴³ เนื่องจากรัฐมีอำนาจตามกฎหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้เพื่อวัตถุประสงค์ต่างๆ แต่บุคคลไม่จำเป็นต้องสละสิทธิและเสรีภาพของตนเกินกว่าความจำเป็น ดังนั้น องค์กรของรัฐทั้งองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้อำนาจรัฐให้มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรได้ มาตรการขององค์กรนิติบัญญัติจึงต้องไม่ก่อให้เกิดภาระแก่บุคคลเกินกว่าความจำเป็น

ในการพิจารณาว่าองค์กรของรัฐใช้อำนาจรัฐอย่างอำเภอใจ หรือใช้มาตรการของรัฐที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพ หรือเป็นการสร้างภาระให้กับบุคคลเกินกว่าความจำเป็นหรือไม่ ต้องนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัย⁴⁴ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1) หลักความเหมาะสม คือ หลักที่เรียกร้องว่ามาตรการที่องค์กรของรัฐกำหนดขึ้นอันมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือก่อให้เกิดภาระหน้าที่แก่บุคคล จะต้องเป็นมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐในการใช้บังคับมาตรการดังกล่าวบรรลุผลได้ หรือเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลตามที่องค์กรของรัฐมุ่งประสงค์ได้จริง หากมาตรการใดเห็นได้ชัดเจนว่าไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้ มาตรการนั้นย่อมขัดต่อหลักความเหมาะสม

ดังนั้น การตรากฎหมายที่จะชอบด้วยหลักความเหมาะสมได้ ก็ต่อเมื่อมาตรการที่กฎหมายดังกล่าวนำมาใช้บังคับแก่บุคคล เป็นมาตรการที่สามารถทำให้เกิดผลตามที่องค์ฝ่ายนิติ

⁴² วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2543, มิถุนายน). “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : มาตรการในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.” วารสารนิติศาสตร์, 30, 2. หน้า 187.

⁴³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. หน้า. 29 - 30.

⁴⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2545). วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย. หน้า. 32 - 35.

บัญญัติประสงค์จะให้เกิดขึ้นได้จริง จึงกล่าวได้ว่า มาตรการทางกฎหมายใดไม่สามารถทำให้สิ่งที่องค์กรนิติบัญญัติมุ่งประสงค์ปรากฏเป็นจริงได้ กฎหมายหรือการกระทางทางปกครองดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยหลักความเหมาะสม

2) หลักความจำเป็น คือ หลักการที่กำหนดว่ามาตรการของรัฐอันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น จะต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือสร้างภาระให้แก่บุคคลน้อยที่สุด ดังนั้น เมื่อองค์กรของรัฐจะนำมาตรการใดๆ มาบังคับใช้กับบุคคลและมาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ชอบด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผล กล่าวคือ เป็นมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐสำเร็จลุล่วงได้ หากมาตรการดังกล่าวมีมากกว่าหนึ่งมาตรการ และในบรรดามาตรการต่าง ๆ เหล่านั้นมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมากน้อยแตกต่างกัน องค์กรของรัฐจะต้องเปรียบเทียบผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพที่เกิดจากบรรดามาตรการเหล่านั้น ว่ามาตรการใดก่อให้เกิดความรุนแรงต่อสิทธิและเสรีภาพน้อยที่สุด และต้องเลือกใช้บังคับมาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพน้อยที่สุด มาตรการดังกล่าวจึงจะถือได้ว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น

อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่ามาตรการที่รัฐจะนำมาใช้บังคับกับบุคคลนั้นมีเพียงมาตรการเดียวที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐได้ มาตรการดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น เพราะไม่มีกรณีที่ต้องเปรียบเทียบผลกระทบของมาตรการต่างๆ ต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เพื่อเลือกใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่งที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด

เมื่อนำหลักความจำเป็นพิจารณากับการตรากฎหมาย เช่น การตรากฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลที่ชอบด้วยหลักความจำเป็น คือ มาตรการทางกฎหมายที่ทำให้วัตถุประสงค์ขององค์กรนิติบัญญัติสำเร็จลุล่วง และเป็นมาตรการทางกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุด หากมีมาตรการทางกฎหมายหลายมาตรการที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ขององค์กรนิติบัญญัติได้ องค์กรนิติบัญญัติต้องเลือกมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุดตราเป็นกฎหมาย หากมาตรการที่ฝ่ายนิติบัญญัติเลือกมาเป็นกฎหมาย ไม่ใช่มาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุด กฎหมายดังกล่าวย่อมขัดต่อหลักความจำเป็นนั่นเอง

2.4 แนวความคิดว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ในส่วนของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั้นกล่าวกันว่าเป็นสิทธิเด็ดขาดของมนุษย์ เป็นสิ่งที่ดำรงอยู่เป็นนิรันดร์ ไม่จำกัดเวลา มีอยู่ในทุกหนทุกแห่ง และมีอำนาจเหนือบทบัญญัติของรัฐ ขอบเขต และความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในปัจจุบันนี้ ยังไม่มีนิยามที่เป็นการยอมรับกันทั่วไปจึงเป็นการยากที่จะบอกว่าขอบเขตของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีความหมายอย่างไร แต่อาจ

กล่าวได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มักมีความสัมพันธ์กับเวลา และสถานการณ์ ส่วนจะกำหนดว่า ภายใต้อาณัติใดที่ถือว่าเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น ไม่อาจกำหนดได้แน่นอน การศึกษาขอบเขตของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงต้องย้อนกลับไปศึกษาแนวความคิดหรือ คำอธิบายที่ผ่านมาในอดีตของคำว่า “ศักดิ์ศรี” (dignitas) ซึ่งในแต่ละยุคสมัยต่างมีนัยที่แตกต่างกัน

ความคิดเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มักจะอยู่ในเรื่องสิทธิและเสรีภาพ เพราะในทาง กฎหมาย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นที่มาของสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ในฐานะที่เกิดมาเป็น มนุษย์ บุคคลพึงได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอันเป็นสาระสำคัญของการอยู่อย่างมี ศักดิ์ศรี ซึ่งหมายความว่า มนุษย์สามารถคิด พุด หรือกำหนดตัดสินใจชีวิตตนเองได้อย่างมีเสรีภาพ เท่าที่ไม่รบกวน หรือลดทอนสิทธิของผู้อื่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงประกอบไปด้วย สาระสำคัญ สองประการ ที่ไม่อาจแยกจากกันได้ คือ สิทธิในชีวิตร่างกาย และสิทธิในความเสมอภาค

ประการแรก “สิทธิในชีวิตร่างกาย” เป็นสิทธิที่ติดตัวปัจเจกบุคคลมาตั้งแต่เกิด เป็นสิทธิ ที่มีอยู่ในสถานะธรรมชาติของมนุษย์ และไม่อาจถูกพรากไปจากบุคคลได้ สิทธิดังกล่าวนี้ยังมีการ บัญญัติรับรองไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อเป็นการยืนยันและรับรองด้วย สิทธิในชีวิต ร่างกาย เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการดำรงอยู่ของมนุษย์ และเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ แสดงให้เห็นถึงความมีอิสระที่จะกำหนดวิถีชีวิตของตนเองได้ตามเจตจำนงอิสระ ทั้งนี้เพื่อการ พัฒนาตนเอง และสร้างสภาพสิ่งแวดล้อมของตนเอง โดยบุคคลต้องเคารพในขอบเขตความเป็น ส่วนบุคคลของแต่ละคน ด้วยเหตุนี้ สิทธิในชีวิตร่างกาย จึงเป็นรากฐานสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็น มนุษย์

ประการที่สอง “สิทธิในความเสมอภาค” เป็นสิทธิที่แสดงว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิและ เสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน เป็นความสัมพันธ์ของปัจเจกชนที่มีต่อปัจเจกชนคนอื่น ๆ และตั้งคคว่ามี ความเท่าเทียมกัน ดังนั้น ถึงแม้มนุษย์จะมีสิทธิในชีวิตร่างกาย แต่หากขาดหลักประกันความเสมอ ภาคแล้ว บุคคลนั้นอาจไม่ได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกับคนอื่น ๆ ในสังคม หรืออาจถูกเลือกปฏิบัติ จากรัฐ ความเท่าเทียมกันนี้ ช่วยให้มนุษย์ดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างมีศักดิ์ศรีโดยสมบูรณ์

ในช่วงแรกของการเผยแพร่แนวคิดเรื่องสิทธิเสรีภาพ คำว่า “สิทธิ” มักจะใช้ควบคู่กับ คำว่า “ธรรมชาติ” กล่าวคือใช้คำว่า “สิทธิธรรมชาติ” (Natural Right) ทั้งนี้เพื่อเป็นการยืนยันว่า สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่ติดตัวบุคคลมาโดยธรรมชาติ และไม่อาจพรากไปจากความเป็นมนุษย์ของ บุคคลได้ ความเชื่อดังกล่าวเกิดขึ้นเพราะว่ามนุษย์มีความเคารพในกฎเกณฑ์ธรรมชาติ และจะไม่มี ข้อโต้แย้งใด ๆ หากสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิโดยธรรมชาติ ต่อมาในยุคของกฎหมายบ้านเมือง คำว่า “สิทธิธรรมชาติ” พัฒนามาเป็นการใช้คำว่า “สิทธิมนุษยชน” (Human Right) ทั้งนี้เพื่อชี้ให้เห็นว่า

ความชอบธรรม หรือสิทธิดังกล่าวเป็นสาระสำคัญของมนุษย์ที่ถูกต้อง⁴⁵ สิทธิของมนุษย์นี้เป็นสิทธิที่มีมาก่อนการเกิดขึ้นของรัฐและเป็นสิทธิที่มีอยู่ตามธรรมชาติ ซึ่งจุดนี้เองเป็นความแตกต่างระหว่าง “สิทธิมนุษยชน” และ “สิทธิพลเมือง” กล่าวคือ สิทธิพลเมืองเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย แต่สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่มีมาตั้งแต่ดั้งเดิม เป็นสิทธิที่มีมาพร้อมกับสถานะความเป็นคน เมื่อบุคคลเกิดมาย่อมมีสิทธิตามธรรมชาตินี้ติดตัวมาด้วย ซึ่งอาจเรียกได้ว่าสิ่งเหล่านี้เป็น “สิทธิความเป็นมนุษย์” ซึ่งสาระสำคัญของสิทธิความเป็นมนุษย์ดังกล่าวนี้ก็ได้แก่ สิทธิในเสรีภาพ และ สิทธิในความเสมอภาค⁴⁶ ดังนั้นหากการกระทำใด ที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนแล้ว ย่อมถือได้ว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยเช่นกัน

2.4.1 พัฒนาการทางปรัชญาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

คำอธิบายเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อาจเริ่มต้นได้ตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ ซึ่งได้มีการกล่าวถึง การพิจารณาคุณค่าของกฎหมาย ความยุติธรรม ความดี ความเลว กฎเกณฑ์ของความถูกต้อง ซึ่งสิ่งเหล่านี้เชื่อว่าเป็นรากฐานมาจากกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) สังคมกรีกเป็นสังคมที่มีความเจริญทั้งทางด้านวัตถุ และศาสตร์ความรู้และมีความเจริญก้าวหน้าทางวิชาการเป็นอย่างมาก ศาสตร์หนึ่งที่สำคัญที่ก่อตัวขึ้น คือ ศาสตร์ทางปรัชญา ซึ่งเริ่มแรกของความคิดแนวปรัชญาเริ่มจากการพยายามอธิบายต้นกำเนิดของโลก จากนั้นจึงค่อย ๆ ใช้หลักการเหล่านี้อธิบายสิ่งรอบตัว ชาวกรีกให้ความสนใจเรื่องเกี่ยวกับมนุษย์ ชาวกรีกมีความเชื่อในคุณค่าของตัวเองและเชื่อในสติปัญญาของมนุษย์ จึงใส่ใจในการแสวงหาความรู้วิพากษ์วิจารณ์สิ่งรอบตัว ชาวกรีกในยุคนั้นแม้จะเป็นสามัญ แต่ก็มีส่วนร่วมในการปกครองบ้านเมืองซึ่งเป็นการปกครองแบบประชาธิปไตยในขณะนั้น

ความเชื่อในสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในปรัชญากรีก มีลักษณะเป็นคำอธิบายในทางปรัชญา และมีสาระเน้นไปในเชิงคำสอนทางศีลธรรม สอนให้มนุษย์ทำได้ดีและเชื่อมั่นในเหตุผลที่ดีที่อยู่ในธรรมชาติของมนุษย์ ซึ่งขณะนั้นยังมีได้นำแนวความคิดดังกล่าวมาทำเป็นบทบัญญัติกฎหมาย สำนักกฎหมายที่มีบทบาทที่ช่วยผลักดันแนวคิดเรื่องสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ให้เป็นรูปเป็นร่างขึ้นมา ได้แก่ นักปราชญ์สำนักสโตอิก ซึ่งเป็นสำนักที่สนับสนุนแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของมนุษย์ ดังปรากฏในคำสอนลัทธิสโตอิกนิยม

⁴⁵ นพนิธิ สุริยะ. (2537). สิทธิมนุษยชน. หน้า 13.

⁴⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพ และ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญ 2540. หน้า 46.

(Cosmopolitanism) ซึ่งกล่าวได้ว่า เมื่อโลกและจักรวาลล้วนอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์อันเดียวกัน มนุษย์จึงรู้ผิดชอบชั่วดีด้วยกันทั่วทุกคน มนุษย์ทุกคนมีคุณภาพและศักดิ์ศรีเท่าเทียมกัน การแบ่งคนออกเป็นเชื้อชาติว่าเป็นกรีกส่วนหนึ่ง เป็นคนป่าวส่วนหนึ่ง เป็นนายส่วนหนึ่ง เป็นทาสส่วนหนึ่ง จึงเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องตามหลักกฎหมายธรรมชาติ (Law of Nature) มนุษย์ในฐานะที่ต่างมีเหตุผลรับรู้ผิดชอบชั่วดี เสมอเท่าเทียมกันทุกชาติ ทุกภาษา ล้วนมีคุณค่าเท่าเทียมกัน⁴⁷

เมื่อเป็นเช่นนี้จึงถือได้ว่ามนุษย์ทุกหนทุกแห่งย่อมมีความเสมอกัน และอยู่ภายใต้กฎหมายธรรมชาติซึ่งไม่ได้จำกัดอยู่ในสถานที่ใดสถานที่หนึ่ง แต่มีความเป็นสากล ความเชื่อเกี่ยวกับธรรมชาติของมนุษย์เกี่ยวกับ เรื่องสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องจนถึงสมัยโรมัน ชาวโรมันเชื่อในแนวความคิดของสำนักสโตอิก ที่เชื่อว่ากฎหมายธรรมชาติ เป็นกฎหมายที่มีเหตุผลสอดคล้องกับธรรมชาติ และมีผลบังคับทั่วไป ครอบคลุมทุกชาติทุกภาษา ในสมัยโรมันได้อธิบาย “ศักดิ์ศรี” ว่า หมายถึง เกียรติในทางส่วนบุคคลที่ปรากฏต่อสาธารณะ ศักดิ์ศรีในความหมายของชาวโรมันจึงเป็นเรื่องของการที่บุคคลได้รับเกียรติจากสาธารณะ โดยเฉพาะ

คำสอนในทางปรัชญาในเรื่องสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้พัฒนา อย่างจริงจัง ในราวปลายศตวรรษที่ 15 อันเนื่องมาจากการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชที่ ยืนยันว่ารัฐมีอำนาจอธิปไตยสูงสุด เด็ดขาด และไม่ถูกยับยั้งด้วยกฎหมายใด ๆ แนวความคิดเรื่องอำนาจรัฐได้รับการยอมรับมาก เนื่องจากในช่วงเวลานั้นเป็นระยะเวลาของการรวบรวมแว่นแคว้นต่าง ๆ ให้เป็นปึกแผ่นมั่นคง จึงมีการทำสงครามกันอย่างสม่ำเสมอ หลักความคิดเรื่องนโยบายของรัฐย่อมอยู่เหนือสิ่งอื่นใดของ มาเคียเวลลี (Machiavelli) และหลักอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ของจอร์โบแดน (Jean Bodin) จึงได้รับการยอมรับ

ทฤษฎีดังกล่าวนี้ ได้กล่าวถึงอำนาจของรัฐว่าเป็นอำนาจปกครองสูงสุดโดยรัฐเป็นศูนย์กลาง และเป็นอิสระจากศาสนจักรโดยสิ้นเชิง ขณะเดียวกันก็ปฏิเสธอำนาจเจ้าขุนมูลนาย มีการสร้างระบบการปกครองที่เข้มแข็งเพื่อยืนยันอำนาจของรัฐในขณะที่ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชได้พัฒนาระบบการปกครองจนเป็นปึกแผ่นทำให้ผู้ปกครองใช้อำนาจของรัฐเข้าแทรกแซงกิจการต่าง ๆ ของเอกชนมากขึ้น ก่อให้เกิดกระแสความไม่พอใจของประชาชนและชนชั้นกลาง ซึ่งถือว่าเป็นกลุ่มคนที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจ ประกอบกับขณะนั้นมีการเผยแพร่ลัทธิเสรีนิยม (Liberalism) ซึ่งสอนให้คนเชื่อและยกย่องความมีเหตุผลของมนุษย์ และเป็นปฏิปักษ์ต่อการจำกัดสิทธิเสรีภาพของเอกชน ไม่ว่าจะเป็นในด้านเศรษฐกิจ การเมือง หรือ ศาสนา ลัทธิเสรีนิยม เชื่อในความเท่าเทียม และมีศักดิ์ศรีของคน ยกย่องคุณวุฒิ และความสามารถในการทำมาหากินของบุคคล รังเกียจระบอบอภิสิทธิ์ที่มีได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ยกย่องการให้เหตุผล สนับสนุนเสรีภาพส่วนบุคคลใน

⁴⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2539). นิติปรัชญา. หน้า 118.

เรื่องเกี่ยวกับครอบครัว และเสรีภาพ ในทางศาสนาและความเชื่อ โดยถือว่าเป็นเรื่องส่วนตัวของแต่ละบุคคล หากในกรณีที่รัฐจำเป็นต้องจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รัฐควรมีอำนาจจำกัด โดยรัฐควรมีหน้าที่รักษาความสงบปลอดภัยแก่ประชาชนภายในรัฐ และดำเนินกิจการสาธารณะ เพื่อให้ประชาชนมีโอกาสแสดงความคิดเห็นโดยเสรี

นอกจากนี้ รัฐต้องให้การประกันสิทธิเสรีภาพ และทรัพย์สินของเอกชน รัฐต้องมีการปฏิรูปกฎหมายเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎร เช่น หลักเสรีภาพในการทำสัญญา หลักความเสมอภาคของบุคคล การยกเลิกระบบทาสในการสืบหาพยานหลักฐาน และการยกเลิกระบบทาส ซึ่งแนวคิดเหล่านี้ ชนชั้นกลางให้การสนับสนุนและเป็นที่ยอมรับหลายให้มีการปฏิบัติจริงขึ้นมา⁴⁸

ศตวรรษที่ 16-18 เป็นช่วงเวลาของการเกิดขึ้นของรัฐสมัยใหม่และการปฏิรูประบบกฎหมายสมัยใหม่ กฎหมายในสมัยนี้มีลักษณะที่เต็มไปด้วยหลักเหตุผล และหลักมนุษยธรรม ลักษณะสำคัญของกฎหมายสมัยใหม่ มีหลักการที่สำคัญคือ การรับรู้ว่าคุณทุกคนเป็นบุคคล และเป็นตัวการของกฎหมาย (Subject of Law) ความคิดดังกล่าวเป็นการรับรู้ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ว่า จะตกต่ำกลายเป็นทรัพย์สิน หรือวัตถุไปไม่ได้ ซึ่งแตกต่างจากสมัยก่อนที่คนสามารถเป็นทรัพย์สิน เช่น การเป็นทาส ชีวิตร่างกายของคนสามารถอยู่ภายใต้อำนาจของผู้อื่น ได้ กฎหมายสมัยใหม่ยังได้รับรองว่าบุคคลมีเขตแดนของชีวิตที่เป็นเขตอิสระที่เอกชนจะกระทำการใด ๆ ตามใจสมัคร เป็นเขตแดนอิสระของเอกชน (Sphere of Private Autonomy) ที่รัฐไม่ควรเข้าไปแทรกแซง และยุ่งเกี่ยว เช่น เรื่องครอบครัว ความสัมพันธ์ส่วนตัว การนับถือศาสนา ซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นเรื่องความเชื่อถือ ศรัทธาส่วนบุคคล กฎหมายจึงรับรองให้บุคคลปฏิบัติได้โดยเสรี หากรัฐจะมีมาตรการบางอย่างในการวางระเบียบ ก็สามารทำได้เพียงเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและศีลธรรมอันดีเท่านั้น

ในระบบกฎหมายสมัยใหม่ยังมีแนวความคิดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีความและกฎหมาย อาญาว่า รัฐจะจับกุมหรือลงโทษประชาชน โดยกล่าวอ้างลอยๆว่าเขาได้กระทำความผิดไม่ได้ ประชาชนจะรับผิดชอบฐานความผิดที่กำหนดไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนเท่านั้น และต้องมีกระบวนการพิจารณาโดยเปิดเผย โดยผู้ถูกกล่าวหาจะไม่เป็นผู้มีความผิดจนกว่าจะมีการพิสูจน์แล้วว่าเขาได้ทำผิดจริง การทรมานเพื่อให้ผู้ต้องหารับสารภาพไม่เป็นที่ต้องการอีกต่อไป การพิสูจน์ความผิดต้องมีหลักการพิสูจน์ที่มีเหตุผลน่าเชื่อถือ ซึ่งความคิดทั้งหลายเหล่านี้ มีพื้นฐานมาจากความคิดมนุษยนิยม และความคิดกฎหมายธรรมชาติ คำสอนเหล่านี้มีพื้นฐานมาจากลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ที่เชื่อว่าการดำรงอยู่ของปัจเจกชนต้องอยู่อย่างมีศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์⁴⁹

⁴⁸ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2539). นิติปรัชญา. หน้า 163 – 168.

⁴⁹ แหล่งเดิม. หน้า 173.

โดยสรุปเมื่อโลกมีวิวัฒนาการมาสู่ความเป็นรัฐสมัยใหม่ ความเชื่อในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้กลายเป็นพื้นฐานสำคัญในการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างความสัมพันธ์ทางสังคมของมนุษย์ ก่อให้เกิดการต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งความเสมอภาคและเท่าเทียมกันของมนุษย์ และนำไปสู่การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพด้านต่าง ๆ เพิ่มขึ้น การรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งรวมถึง “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว” และ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ของปัจเจกชน ได้รับการพัฒนาจนกระทั่งเกิดเป็นปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติในสมัยปัจจุบัน

2.4.2 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนถูกสร้างขึ้นโดยสหประชาชาติและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ซึ่งได้ทำปฏิญญาและประกาศใช้เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 ซึ่งในเนื้อหาของปฏิญญานี้กล่าวถึงหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชนที่ว่า มนุษย์มีสิทธิที่ติดตัวมาแต่กำเนิด มนุษย์มีศักดิ์ศรี และมีความเสมอภาคกัน ดังนั้น จึงห้ามการเลือกปฏิบัติต่อมนุษย์ และต้องปฏิบัติต่อกันเสมือนพี่น้อง สิทธิมนุษยชนไม่อาจโดนกันได้ จึงเป็นหน้าที่ของรัฐบาลทุกประเทศ ที่จะสร้างหลักประกันแก่ทุกชีวิต ด้วยการเคารพหลักการของสิทธิเสรีภาพที่ปรากฏในปฏิญญานี้ เพื่อให้สิทธิมนุษยชน เป็นมาตรฐานร่วมกันสำหรับการปฏิบัติต่อกันของผู้คนในสังคมทั้งในประเทศ และระหว่างประเทศ อันจะเป็นพื้นฐานแห่งเสรีภาพ ความยุติธรรม และสันติภาพในโลก⁵⁰ และในข้อ 1 บัญญัติว่า “มนุษย์ทั้งหลายเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในเกียรติศักดิ์ และสิทธิ ต่างมีเหตุผลและมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันด้วยเจตนารมณ์แห่งภราดรภาพ”⁵¹ บทบัญญัตินี้ถือเป็นหลักการสิทธิมนุษยชน ที่ประกอบไปด้วย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค และความเป็นพี่น้อง

ปฏิญญาสากลฯ ฉบับนี้ ถือว่ากันว่าเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของหลักสิทธิของมนุษย์ ที่ได้รับการยอมรับและรับรอง แต่ก็มีข้อจำกัดที่ไม่สภาพบังคับเป็นกฎหมาย ซึ่งหมายความว่าประเทศใดไม่เห็นด้วยหรือจะไม่ปฏิบัติตามก็ไม่มีผลโดยการลงโทษใด ๆ จึงเป็นช่องว่างให้ประเทศต่าง ๆ บางประเทศไม่ปฏิบัติตามปฏิญญาสากลฯ ฉบับนี้ ทำให้เกิดเหตุการณ์ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ นอกจากนี้ในสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ที่สำคัญ 4 ฉบับ ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic Social and Culture Rights หรือ ICESCR) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง

⁵⁰ ศราวดี ประทุมราช. (2544). สิทธิมนุษยชน : รวบรวมสนธิสัญญามนุษยชนระหว่างประเทศที่สำคัญ. หน้า 4.

⁵¹ แหล่งเดิม. หน้า 8.

และสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and political Rights หรือ ICCPR) อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women หรือ CEDAW) และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child หรือ CRC) ถึงแม้จะไม่ปรากฏเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้โดยตรง แต่ก็มีสาระสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ภายใต้หลักสิทธิมนุษยชนเป็นสาระสำคัญ ภายใต้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ได้มีบทบัญญัติจำกัดสิทธิเสรีภาพ ไว้เป็นหลักทั่วไปในมาตรา 29 (2) ว่า “ในการใช้สิทธิและเสรีภาพ บุคคลอาจตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดภายใต้กฎหมายที่กำหนดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประกันว่าจะมีการนับถือและเคารพสิทธิเสรีภาพ ของผู้อื่น และเพื่อให้สอดคล้องกับข้อกำหนดอันเป็นธรรมชาติของศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของสังคม และสวัสดิการโดยทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย”

ในการจำกัดสิทธิของบุคคลนั้น กฎหมายจะต้องมีความชอบธรรมตามหลักนิติธรรม และวัตถุประสงค์ที่กำหนด ศาลสิทธิมนุษยชนของยุโรปได้พัฒนาเกณฑ์ (Criteria) ในการพิจารณาคดีในการอ้างการจำกัดสิทธิโดยชอบธรรมเป็นบรรทัดฐานไว้ดังนี้

- 1) การจำกัดสิทธินั้นต้องกระทำโดยกฎหมายหรือสอดคล้องกับกฎหมาย
- 2) กฎหมายนั้นต้องมีความชอบธรรมและมีความจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย
- 3) วิธีการที่ใช้จำกัดสิทธินั้นต้องมีสัดส่วนที่สมเหตุสมผลต่อวัตถุประสงค์และเท่าที่

จำเป็น

ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือว่า วิธีที่เหมาะสมและเป็นสัดส่วนกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น เป็นอย่างไร อะไรคือความจำเป็นของสังคม ซึ่งความจำเป็นของแต่ละสังคมย่อมมีความแตกต่างกัน กรณีนี้จึงเป็นดุลยพินิจของศาลแต่ละประเทศ⁵²

ปฏิญญาฉบับนี้ นอกจากจะเป็นการรับรองสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แล้ว ยังชี้ให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิและเสรีภาพกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ว่า สิทธิเสรีภาพ เป็นการแสดงถึงผลอันมีพื้นฐานมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งก่อให้เกิดผล 2 ประการ

- 1) การตีความที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทั้งหลาย จะต้องถือว่าเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานที่จะต้องนำมาใช้ประกอบในการตีความสิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ ด้วย
- 2) เนื้อหาและหลักทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทั้งหลาย รวมทั้งความหมายของการแทรกแซงในขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองของสิทธิเสรีภาพทุกประเภทนั้น ได้รับการพัฒนาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

⁵² วิชัย สิริรัตน์. (2543). สิทธิมนุษยชน และสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย. หน้า 11 - 12.

ดังนั้น เพื่อเน้นย้ำถึงความสำคัญที่ไม่สามารถละเลยได้ในหลักการที่ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพไม่ได้ จึงมีการนำเกณฑ์ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ ด้วยเหตุนี้การแทรกแซงใดที่เป็นการละเมิดต่อความเป็นมนุษย์ ย่อมถือว่าเป็นการกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงมีความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ นั่นก็คือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสาระที่ซึ่งเป็นแก่นของสิทธิเสรีภาพนั่นเอง

2.4.3 สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในสังคมไทย

ในประเทศตะวันตก ค่านิยมและความเชื่อพื้นฐานมาจากคำสอนของศาสนา ซึ่งส่วนใหญ่นับถือศาสนาพุทธ การยอมรับอำนาจของชนชั้นปกครองให้ความสำคัญในคุณค่าของครอบครัว โดยมีหัวหน้าครอบครัวเป็นผู้ดูแลทุกข์สุขของคนในครอบครัว และการให้ความสำคัญนับถือผู้ใหญ่ ทำให้สังคมตะวันตกเป็นสังคมที่ยอมรับสถานะที่แตกต่างกันของบุคคล สังคมตะวันตกจึงเคยชินอยู่กับการอยู่ใต้อำนาจ ประชาชนอยู่ภายใต้อำนาจของผู้ปกครอง ภรรยา และลูกอยู่ใต้การปกครองของสามีหรือหัวหน้าครอบครัว พ่อดูแลลูก พี่ดูแลน้อง สมาชิกในครอบครัวใช้ชีวิตอยู่ในครัวเรือนเดียวกันในลักษณะครอบครัวขยาย ประเด็นความเท่าเทียมกันในความเป็นมนุษย์ ในเรื่องสิทธิและเสรีภาพในสังคมตะวันตกจึงไม่เข้มข้นเท่าสังคมตะวันตก ทั้งในแง่ของวัฒนธรรมและการประเมินคุณค่า (Value) ของวัฒนธรรมของสังคม

ในเรื่องการประเมินคุณค่าดูเหมือนจะเป็นเรื่อง “อัตวิสัย” ที่ขึ้นอยู่กับความเชื่อและทัศนคติของคนในสังคมนั้นๆ⁵³ และมีความเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงได้เมื่อทัศนคติและความเชื่อของคนในสังคมเปลี่ยนไป ความเปลี่ยนแปลงอาจเกิดจากการแผ่ขยายของสังคมอื่น การเลียนแบบหรือการผสมผสานระหว่างวัฒนธรรม ดังนั้นเมื่อแนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ซึ่งเป็นแนวความคิดที่มาพร้อมกับแนวคิด และอุดมการณ์ทางการเมือง การปกครอง แบบเสรีนิยมประชาธิปไตย ที่เป็นของตะวันตก⁵⁴ การรับเอาแนวความคิดดังกล่าวมาใช้ โดยไม่ได้ผ่านการพิจารณาปรับปรุงให้เหมาะสมกับสถานการณ์ของแต่ละสังคม จึงเป็นเรื่องที่ทำให้เกิดความขัดแย้งไม่น้อย

⁵³ อุดม รัฐอมฤต , นพนิติ สุริยะ และ บรรณเจติ สิงคะเนติ. (2544). การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. หน้า 16.

⁵⁴ แหล่งเดิม. หน้า 3.

แนวความคิดเรื่องสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนไทยไม่ได้มีพื้นฐาน เช่นเดียวกับชาวตะวันตก การศึกษาสิทธิมนุษยชนในสังคมไทย จึงจำเป็นต้องเรียนรู้ทฤษฎีและแนวปฏิบัติของสังคมไทย ทั้งที่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และที่เป็นจารีตประเพณี สังคมไทยเป็นสังคมที่มีพื้นฐานของการรวมกันเป็นสถาบันครอบครัว อันเป็นการรวมตัวกันโดยธรรมชาติ โดยเฉพาะสถาบันครอบครัวซึ่งเป็นความสัมพันธ์ของบุคคลในทางเลือดเนื้อชีวิต หรือสายโลหิต ความเคยชินกับการอยู่ภายใต้การปกครองของหัวหน้าครอบครัว หรือภายใต้การปกครองของผู้ปกครอง ซึ่งผู้ปกครองมีภาระหน้าที่ที่จะต้องให้มีความสุขสบายแก่คนในปกครอง สิทธิที่เกิดขึ้นในสังคมไทยโบราณจึงเป็นเรื่องของ “ความเมตตา” ที่ผู้ปกครองมอบให้แก่ผู้ใต้ปกครอง หรือ “ความกรุณา” ที่พ่อแม่ให้แก่ลูก ดังนั้นความสุขสบายของผู้อยู่ใต้ปกครองจึงไม่ได้เกิดจากการเรียกร้องเหมือนอย่างเช่นชาวตะวันตก แต่เป็นการที่ผู้ปกครองเป็นผู้หยิบบินให้ เช่นในกฎหมายสมัยโบราณของล้านนา ได้กำหนดไว้ว่าผู้ปกครองราชอาณาจักรมีภาระหน้าที่สำคัญแก่บ้านเมือง 3 สถานะ ได้แก่

- 1) ในฐานะผู้ทรงความยุติธรรม
- 2) ในฐานะผู้รักษาความมั่นคง ความสงบเรียบร้อยทั้งภายในและนอกประเทศ
- 3) ในฐานะผู้ครอบครองและผู้พิทักษ์ผลประโยชน์ของพลเมืองในสถาบันครอบครัวและสังคม

ผู้ปกครองต้องมีพรหมวิหาร 4 ควรทำตนเป็นผู้มีสติปัญญา ไม่ควรตำหนิติเตียนผู้อื่นว่าชั่วช้าสามานย์ ประพฤติตนในสายกลาง ไม่ควรติเตียนผู้อื่นด้วยความมีศรัทธาของตน ควรปฏิบัติให้เท่าเทียมกัน ไม่ว่าสูงต่ำประการใดก็ดี เป็นญาติพี่น้องกันก็ดี หรือไม่ควรเห็นแก่ความคุ้นเคย หรือเป็นบุคคลที่พึ่งพา⁵⁵ จากแนวทางปฏิบัติของผู้ปกครองในสมัยโบราณของไทย จะเห็นว่ามี ความสอดคล้องกับแนวคิดเรื่องการยกย่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่มิได้ปรากฏออกมาในรูปแบบของการเรียกร้องของประชาชน หรือในรูปแบบของกฎหมาย หรือกฎเกณฑ์ในสังคม แต่หากอยู่ในรูปของ แนวปฏิบัติทางศีลธรรมอันดีที่ผู้ปกครองพึงปฏิบัติต่อประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครอง กฎหมายโบราณของไทยแทบทุกฉบับมักจะประพฤติปฏิบัติของผู้ปกครองที่ต้องดำรงตนอยู่ในธรรมอันดี เป็นผู้ทรงทศพิธราชธรรม ซึ่งถือเป็นสาระสำคัญที่ต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด

สำหรับผู้ที่ไม่ได้เป็นผู้ปกครอง หรือไพร่ฟ้าประชาชนทั่วไป สิทธิมนุษยชนที่ปรากฏในรูปแบบของคนไทย คือ การเอาใจเขามาใส่ใจเรา และเห็นคนอื่นเป็นเพื่อนร่วมทุกข์อันเกิด แก่ เจ็บ ตาย ด้วยกัน จึงมีหน้าที่ต้องช่วยเหลือเกื้อกูล ปัดเป่าความทุกข์ซึ่งกันและกัน และเนื่องจากคนไทย

⁵⁵ พิธีชัย ไชยแสงสุกุล. (2533). นิติปรัชญา : ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ ทฤษฎีกฎหมายบ้านเมือง และนิติปรัชญาไทย. หน้า 398.

ส่วนใหญ่นับถือศาสนาพุทธ ที่มีหลักธรรมคำสอนที่เน้นความเป็นมิตร (เมตตา) ยิ่งกว่าความยุติธรรมแบบแบ่งพรรคแบ่งฝ่าย คำสอนศีล 5 เป็นรูปธรรมที่แสดงให้เห็นถึงความเคารพในสิทธิแห่งชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และคุ้มครองของผู้อื่น รวมทั้งการคุ้มครองข่าวสารอันเป็นสัจจะและส่งเสริมการมีสติสัมปชัญญะแห่งตน เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาตนและความสัมพันธ์กับผู้อื่นในทางเกื้อกูลกันอย่างมนุษย์ที่เรียกว่า “มนุษยธรรม” ซึ่งหมายถึงธรรมที่ทำให้มนุษย์แตกต่างจากสัตว์ทั่วไป หลักการเหล่านี้นับว่าเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้บรรลุถึงสันติภาพได้ รากฐานทางพุทธธรรมที่รองรับแนวความคิดของมนุษยชนที่สำคัญได้แก่

- 1) หลักการเคารพในคุณค่าของชีวิตมนุษย์
- 2) หลักความเชื่อมั่นในศักยภาพของมนุษย์ที่จะเข้าถึงที่สูงสุดได้
- 3) หลักความเสมอภาคกันภายใต้กฎแห่งกรรม

แนวความคิดเรื่อง “สิทธิ” ของคนไทยจึงต่างไปจากตะวันตก ซึ่งเห็นว่าปัจเจกชนมีเสรีภาพในการดูแลตนเอง โดยไม่ต้องอยู่ใต้การปกครองของคนอื่น การตัดสินใจร่วมกันเป็นสังคมเกิดจากการตัดสินใจของแต่ละบุคคลร่วมกัน และกลายเป็นอำนาจอธิปไตยของประชาชนซึ่งหมายถึงการปกครองโดยประชาชนกันเอง หรือโดยผ่านทางผู้แทนที่ได้รับเลือกตั้งจากประชาชน ซึ่งถือว่ายังคงรักษาสิทธิเสรีภาพดั้งเดิมของปัจเจกชนไว้ สิทธิตามแนวคิดของตะวันตกจึงเป็นแนวคิดที่เชื่อว่ามิติดตัวมาตั้งแต่เกิดและไม่มีใครสามารถล่วงล้ำเข้ามาได้ ซึ่งต่างจากคนไทยซึ่งมีพื้นฐานมากจากการที่ผู้ปกครองเป็นผู้มอบสิทธิให้ เพราะมีความเมตตาที่จะให้ผู้อยู่ใต้ปกครองอยู่ดีมีสุข⁵⁶

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดเรื่อง “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ของคนไทยถือว่ามิพัฒนาการในด้านการต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิและเสรีภาพควบคู่ไปกับแนวคิด “สิทธิที่ผู้ปกครองหยิบยื่นให้” ดังกล่าวข้างต้น โดยหากพิจารณาถึงเหตุการณ์การต่อสู้เพื่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนไทยซึ่งเกิดขึ้นมาโดยตลอดทุกยุคทุกสมัย ตั้งแต่การก่อกบฏหลายครั้งในสมัยโบราณ มาจนถึงการเปลี่ยนแปลงการปกครอง 2475 ซึ่งเป็นการต่อสู้เพื่อสิทธิเสรีภาพของคนไทยกับผู้ปกครองครั้งสำคัญ รวมถึงเหตุการณ์ทางการเมืองหลายครั้งในเวลาต่อมา ไม่ว่าจะเป็นเหตุการณ์ตุลาคม 2516 เหตุการณ์ตุลาคม 2519 และเหตุการณ์พฤษภา 2535 จนแสดงให้เห็นถึงภาพของการเรียกร้องเพื่อ “สิทธิ” ที่ถูกจำกัดและไม่เพียงพอ สภาพการณ์ดังกล่าวจึงสะท้อนให้เห็นภาพสองภาพที่ขัดแย้งกัน ระหว่างความพอใจในโครงสร้างเชิงอำนาจเดิม สำหรับ “สิทธิ” ที่ผู้ปกครอง หยิบยื่นให้ และ ภาพของ “ขบถ” ซึ่งต่อสู้กับ “ผู้ปกครอง” เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิเสรีภาพที่แท้จริงของประชาชน

⁵⁶ นพนธิ สุริยะ. (2537). ลิขธิมนุษยชน. หน้า 20.

สังคมไทยมีความตื่นตัวในเรื่องสิทธิมนุษยชนมากขึ้น เนื่องจากกระแสการเรียกร้องสิทธิมนุษยชนที่มีขึ้นอย่างแพร่หลายปัจจุบัน ซึ่งถือกันว่าสิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งจำเป็นต่อความเป็นมนุษย์ สิทธิมนุษยชนในปัจจุบันมีความหมายที่ขยายขอบเขตกว้างขวางไปกว่าคำว่า “นิติธรรม” ที่เราใช้กันในสมัยโบราณ โดยไม่ได้หมายถึงสิทธิอันจำเป็นที่มนุษย์พึงมีเพื่อให้มนุษย์ได้มีชีวิตเท่านั้น แต่มนุษย์ต้องมีสิทธิที่จะพัฒนาตนเองเพื่อให้บรรลุถึงการมีชีวิตอยู่อย่างมีศักดิ์ศรี ในประเทศตะวันตกส่วนใหญ่จะเน้นความเป็นส่วนตัวกันมาก เนื่องมาจากพื้นฐานทางวัฒนธรรมและประวัติศาสตร์การเมืองการปกครอง ตะวันตกถือว่าความเป็นส่วนตัวเป็นสาระสำคัญอย่างหนึ่งของการดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรี

ในการดำเนินชีวิตนอกจากจะมีความสัมพันธ์กันเป็นสังคมแล้ว ในช่วงเวลาหนึ่งบุคคลต้องการความสันโดษ ความสงบ และมีขอบเขตความเป็นส่วนตัวของตัวเอง ขอบเขตความเป็นส่วนตัวนี้เป็นเขตหวงห้ามไม่มีใครรุกรานเข้าไปได้ โดยการรับรองคุ้มครองของกฎหมาย เช่นสิทธิที่จะแสดงออกซึ่งความคิดเห็น สิทธิในการจะถูกพิพากษาอย่างเป็นธรรม หรือสิทธิที่จะอยู่อย่างปราศจากการรบกวนจากผู้อื่น ซึ่งแตกต่างกับประเทศที่ก่อนไปทางฝ่ายสังคมนิยม ซึ่งมองเรื่องของส่วนรวมสำคัญกว่าเรื่องส่วนตัว หรือในประเทศที่มีวัฒนธรรมที่ไม่ค่อยถือเรื่องความเป็นส่วนตัว ดังเช่นในประเทศแถบเอเชีย ดังนั้น แนวความคิดเรื่องความเป็นส่วนตัวในประเทศเหล่านี้จึงไม่รุนแรงเท่ากับประเทศทางตะวันตก

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในประเทศไทย โดยสาระสำคัญก็คือ หลักการปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เนื่องจากประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกที่ได้รับรองปฏิญญาดังกล่าว จึงต้องยึดถือหลักการในปฏิญญาอย่างเคร่งครัด อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหาการขัดกันระหว่างสิทธิส่วนรวมและสิทธิส่วนบุคคลในสังคมไทยเกิดขึ้นหลายครั้ง โดยมักเป็นกรณีการอ้างเหตุผลด้านความมั่นคงของรัฐซึ่งมีรากฐานมาจากการป้องกันสิทธิส่วนรวม

ในสถานการณ์ซึ่งสิทธิส่วนบุคคลถูกระงับจากการกล่าวอ้างดังกล่าวนี้ ทำให้ศาลมีบทบาทสำคัญ เพราะศาลจะเป็นคนกลางในการตีความ ขอบเขตความมั่นคงของรัฐ การจะอ้างความมั่นคงของรัฐต้องดูว่าสมเหตุสมผลหรือไม่ ในยุโรปการอ้างความมั่นคงจะอ้างอิงถึงนโยบายสาธารณะ (Public Policy หรือ Public Order) ซึ่งศาลประชาคมยุโรปตีความแล้วว่าจะต้องเป็นการอ้างสำหรับผลประโยชน์ขั้นพื้นฐานของสังคม (Fundamental Interest of society) ซึ่งศาลเองจะเป็นฝ่ายระบุขอบเขต ไม่ใช่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้กำหนด ดังนั้นกล่าวได้ว่าการปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเป็นหน้าที่ของศาล⁵⁷

⁵⁷ วิมลศิริ ชำนาญเวช และ วิทิต มั่นตาภรณ์. (2535). สิทธิมนุษยชน : สิทธิหรือหน้าที่ในประเทศไทยในปัจจุบัน.

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ดังนี้

มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพ ของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง
มาตรา 26 การใช้อำนาจ โดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

มาตรา 28 บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิ และเสรีภาพของตนได้
เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อ
ศีลธรรมอันดีของประชาชน

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิ หรือเสรีภาพ ที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติ
แห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาล หรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้”

สถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีฐานะเป็นคุณค่าสูงสุดของปัจเจกชนที่บัญญัติ
รับรองและคุ้มครองโดยกฎหมายรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำของรัฐต้องสอดคล้องกับคุณค่า
สูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะมนุษย์เป็นเป้าหมายสูงสุดในการดำเนินการของรัฐ การกระทำใดที่
เป็นการละเมิดสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ต้องถือว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดกฎ
หมายรัฐธรรมนูญ และบุคคลสามารถอ้างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในการใช้สิทธิดำเนินคดีในศาลได้

2.5 ข้อมูลส่วนบุคคลในฐานะสิ่งบ่งชี้สำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ประกอบไปด้วยสาระสำคัญสอง
ประการคือ สิทธิในชีวิตร่างกายและสิทธิในความเสมอภาค ซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมีฐานะ
เป็นสิทธิประเภทหนึ่ง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถูกจัดอยู่ในประเภทของสิทธิในชีวิตร่างกายในฐานะ
ที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งในการดำรงชีวิตอยู่ บุคคลต้องได้รับการรับรองและ
คุ้มครองอย่างน้อยที่สุดในสิทธิขั้นพื้นฐานที่พึงได้รับในการเป็นมนุษย์ จึงถือว่าการอยู่อย่างมี
ศักดิ์ศรีของบุคคล ในอันที่จะแสดงให้เห็นว่าบุคคลมีอิสระที่จะกำหนดเจตจำนงของตนเองให้
เป็นไปตามที่ตนต้องการ

สิทธิในชีวิตและร่างกาย เป็นสิทธิที่ติดตัวบุคคลมาตั้งแต่เกิด ได้รับการรับรองและ
คุ้มครองตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทั้งในกฎหมายรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติกฎหมายทั่วไป
สิทธินี้ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ต่อองค์กรของรัฐและบุคคลทั่วไป ซึ่งต้องให้ความเคารพและไม่เข้า
ไปแทรกแซงในสิทธิดังกล่าว การกระทำใดๆ ไม่ว่าจะเกิดจากหน่วยงานของรัฐหรือจากเอกชนด้วย
ตนเองที่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพไม่สามารถทำได้ เพราะถือว่าการ

กระทำที่ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์⁵⁸ ซึ่งรัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองอย่างชัดเจนในมาตรา 4 และในหมวด 3 ว่าด้วย สิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย และในมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้กล่าวถึงข้อยกเว้นในการจำกัดสิทธิ เสรีภาพของบุคคลที่กล่าวถึงการจำกัดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้เลย ดังนั้น การจำกัด หรือลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น ไม่สามารถกระทำได้เลย

ข้อมูลส่วนบุคคลมีฐานะเป็นสิทธิชนิดหนึ่งของสิทธิในชีวิตและร่างกาย ในเรื่องการคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลนี้เป็นสิทธิที่ได้รับการพัฒนามาจากการคุ้มครองสิทธิในร่างกายและสิทธิในทรัพย์สิน และด้วยวิวัฒนาการของกฎหมายได้ขยายขอบเขตการรับรองคุ้มครองไปถึง ความคิด ทัศนคติ ความเชื่อถือของบุคคล และรวมถึงข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งสิทธิดังกล่าวถือว่าเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคล บุคคลมีสิทธิที่จะกำหนดเจตจำนงของตนในข้อมูลของตน มีความสามารถที่จะคิดและตัดสินใจในการจะยอมให้มีการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของตนเองต่อสาธารณะ หรือต่อบุคคลภายนอก และด้วยเจตนาที่แท้จริงมิใช่เกิดจากการหลอกลวง หลงผิดหรือรู้เท่าไม่ถึงการณ์ เพราะการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไม่เป็นเพียงการเปิดเผยข้อเท็จจริงให้สาธารณะหรือบุคคลภายนอกได้รู้เท่านั้น แต่ผลกระทบที่ตามมาอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล มีผลต่อเกียรติยศ ชื่อเสียง และชีวิตความเป็นอยู่

ข้อเท็จจริงดังกล่าวที่ถูกเปิดเผยอาจทำให้ผู้ที่ถูกกล่าวถึงดูหมิ่นดูแคลน การเปิดเผยเรื่องราวที่ไม่ประสงค์ให้บุคคลภายนอกได้รับรู้ อาจเป็นการทำร้ายจิตใจ หรืออาจทำให้เกิดความไม่ปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของเจ้าของเรื่องราวนั้น การถูกจับตามองโดยบุคคลภายนอก หรือสื่อมวลชน อาจเป็นเรื่องเสียหาย ไม่ว่าจะเป็นการกล่าวถึง เขียนถึง หรือทางรูปภาพ หรือในเรื่องของความเชื่อถือส่วนตัว ความเชื่อทางลัทธิ ศาสนา วัฒนธรรม อาจส่งผลกระทบต่อบุคคลได้ หากบุคคลนั้นตกอยู่ในสถานการณ์ที่ความเชื่อถือเคารพศรัทธาของเขาไม่เป็นที่ยอมรับโดยบุคคลทั่วไป เขาอาจถูกทำร้ายรังแก หรือรบกวนได้รับความเดือดร้อนรำคาญได้

ข้อมูลส่วนบุคคลถือเป็นเรื่องที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย เพราะข้อมูลส่วนบุคคลเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิความเป็นส่วนตัว (rights of privacy) การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็น พัฒนาการจากการคุ้มครองชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของบุคคล ซึ่งได้ขยายขอบเขตการคุ้มครองไปถึงการคุ้มครองความคิดและความรู้สึกที่แสดงออกมาของบุคคล สิทธิดังกล่าวนี้จึงเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิส่วนบุคคลในการที่จะอยู่ลำพังปราศจากการรบกวนหรือขัดขวาง ซึ่งครอบคลุมถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลไว้ทั้งหมด เช่น สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในร่างกาย สิทธิในการ

⁵⁸ นคร เสรีรักษ์. (2548). การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล : ข้อเสนอเพื่อการพัฒนาสิทธิรับรู้ข่าวสารในกระบวนการรัฐธรรมนูญไทย. หน้า 64 – 67.

เดินทาง สิทธิในการติดต่อสื่อสาร สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร และยังเกี่ยวข้องถึงรากฐานของ สิทธิมนุษยชน เช่นสิทธิและเสรีภาพในตัวบุคคลอีกด้วย

จากคำนิยาม “ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล” ในพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 4 วรรค 5 “ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล” หมายถึง ข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับสิ่ง เฉพาะตัวของบุคคล เช่น การศึกษา ฐานะการเงิน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรม หรือประวัติ การทำงาน บรรดาที่มีชื่อของผู้นั้น หรือมีเลขหมาย รหัส หรือสิ่งบอกลักษณะอื่นที่ทำให้รู้ตัวผู้นั้น ได้ เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ แผ่นบันทึกลักษณะเสียงของคนหรือรูปถ่าย และให้ความหมายรวมถึง ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของผู้ที่ถึงแก่กรรมแล้วด้วย

ข้อมูลส่วนบุคคล ยังหมายความรวมถึง ข้อมูลในด้านอื่นๆ ที่เกี่ยวกับตัวบุคคลด้วย เช่น ข้อมูลที่เป็นรายงานทางการแพทย์ ประวัติการทำงาน ประวัติอาชญากรรม ข้อมูลและทะเบียน ราษฎร์ เป็นต้น

ความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลในต่างประเทศ มีการให้คำนิยามที่มีความคล้ายคลึง กัน จะต่างก็เพียงแต่ในรายละเอียดและวิธีการคุ้มครอง เช่น ในข้อบังคับสหภาพยุโรปที่ 95/46 ได้ ให้ความหมายของข้อมูลส่วนบุคคล (personal data) ว่าหมายถึงข้อมูลข่าวสาร (information) ใดๆ ที่ มีความเกี่ยวข้องและเป็นเรื่องเฉพาะตัวบุคคล หรือเป็นข้อมูลที่สามารถชี้เฉพาะตัวบุคคลได้ซึ่งตัว บุคคลภายใต้บทบัญญัตินี้หมายถึงบุคคลธรรมดา (natural person) ผู้เป็นเจ้าของข้อมูลนั้น

สิ่งที่สามารถชี้เฉพาะตัวบุคคลได้ หมายถึง ข้อมูลดังกล่าวสามารถชี้ให้เห็นและรับรู้ ลักษณะอันเป็นเรื่องเฉพาะตัวบุคคลได้ทั้งทางตรงและทางอ้อม เช่น หมายเลขประจำตัวหมายเลข ใบอนุญาตขับขี่ หมายเลขประกันสังคม รวมถึงความคิดเห็นที่เกี่ยวกับบุคคลที่ได้ถูกกล่าวถึง “ข้อมูลส่วนบุคคล” จึงประกอบด้วย ข้อเท็จจริง หรือความคิดเห็น ทรรศนะ ที่เกี่ยวกับบุคคล ที่ สามารถบ่งบอกถึงตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล อาจเป็นเรื่องส่วนตัวโดยแท้หรืออาจเป็น เรื่องที่เป็นความลับ และบุคคลต้องการที่จะเก็บ หรือปกปิด หรือจำกัดการเก็บการใช้ หรือการ ประมวลผลข้อมูลเหล่านั้นไว้เฉพาะตัวเองเท่านั้น

นอกจากนี้ ในเชิงองค์ประกอบ ข้อมูลส่วนบุคคลประกอบไปด้วยข้อมูลข่าวสาร 2 ประเภท ประเภทแรกคือ ข้อมูลที่เกี่ยวกับบุคคลทั่วไป เช่น ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ อายุ สถานที่ ทำงาน ฯลฯ และประเภทที่สองคือ ข้อมูลประเภทที่มีความเป็นส่วนตัวบุคคลโดยแท้จริง หรือ “ข้อมูลส่วนตัวโดยเฉพาะ” (sensitive data) เช่น ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเชื้อชาติ ศาสนา ลัทธิความเชื่อ การดำรงชีวิต อุดมการณ์และความคิดทางการเมือง การเป็นสมาชิกองค์กรต่างๆ เช่น สมาพันธ์ การค้า (trade union) สมาพันธ์กรรมกร (labor union) และข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพ และрсนิยมทาง เพศ เป็นต้น

จากความสัมพันธ์ที่เกี่ยวเนื่องกัน จึงอาจกล่าวได้ว่า ข้อมูลส่วนบุคคลเป็นสิ่งบ่งชี้สำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และหากมองในแง่ของการเปิดเผยหรือการแทรกแซงในข้อมูลส่วนบุคคลที่ปราศจากเหตุผล หากทำให้บุคคลได้รับความเสื่อมเสียเดือดร้อนรำคาญ หรือหวาดระแวงภัยต่อชีวิตและทรัพย์สิน ไม่สามารถดำเนินชีวิตได้อย่างปกติสุขจะถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพอย่างร้ายแรง และเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในขณะเดียวกัน

ความเป็นมนุษย์จึงประกอบด้วยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลจำนวนมากมาย ข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งจะประกอบขึ้นเป็นมนุษย์คนหนึ่งๆ ได้แก่ นามสกุล เพศ อายุ อาชีพ ศาสนา ความเชื่อ ความคิดเห็นหรือความเชื่อทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ความเชื่อถือ เคารพเลื่อมใส จนถึงวิถีการดำรงชีวิตหรือรสนิยมในการบริโภค ซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวเป็นสิ่งที่ผูกพันและยืนยันความเป็นมนุษย์คนหนึ่ง ซึ่งแตกต่างไปจากมนุษย์คนอื่นๆ คุณสมบัติหรือเอกลักษณ์ในบุคลิกภาพซึ่งชี้ชัดหรือกำหนดโดยข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งเป็นสิ่งบ่งชี้สำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงเป็นเอกลักษณ์ส่วนตัวของมนุษย์ ซึ่งคนอื่นๆ จะล่วงละเมิดไม่ได้ ขณะเดียวกันเจ้าของ ข้อมูลส่วนบุคคล ย่อมมีอิสระที่จะครอบครอง ใช้ประโยชน์หรือพัฒนาข้อมูลส่วนบุคคลของตนเพื่อให้บรรลุเป้าหมายชีวิตส่วนตัวของตัวเอง

ในประเด็นของการล่วงละเมิดหรือก้าวล่วงข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งถือเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนบุคคลนั้น ในวงการยุติธรรมยอมรับว่าสิทธิส่วนบุคคลนี้เป็นสิทธิตามกฎหมายของบุคคลที่มีสถานะต่างจากสิทธิอื่น ๆ และการล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคลนี้เป็นสิทธิตามกฎหมายที่สามารถกระทำได้ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การล่วงละเมิดสิทธิประเภทนี้ก็คือว่าเป็นการกระทำละเมิด (tort)⁵⁹ อย่างหนึ่ง นั่นก็คือหลักการที่กำหนดว่า บุคคลใดโดยปราศจากเหตุอันควร เข้าสอดแทรกอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์ของผู้อื่น โดยทำให้กิจกรรมของบุคคลนั้นเป็นที่รู้ถึงบุคคลที่สาม หรือทำให้รูปภาพของบุคคลอื่นดังกล่าวปรากฏต่อสาธารณะ จะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลอื่นเช่นว่านั้น⁶⁰ ดังนั้นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลที่ขัดต่อกฎหมาย จึงได้แก่ การถือเอาหรือหาประโยชน์โดยมิชอบในเรื่องส่วนตัวของผู้หนึ่งผู้ใด การเผยแพร่ถึงธุรกิจส่วนตัว ของบุคคลหนึ่งบุคคลใด โดยที่สาธารณชนไม่มีความเกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าว ตลอดจนการล่วงละเมิดอันมิชอบต่อ

⁵⁹ จิตติ ดิงศักดิ์. (2532). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ม.354-452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้*. หน้า. 172.

⁶⁰ กงจักร โพธิพร้อม. (2529). *ปัญหาทางกฎหมายมหาชนบางประการเกี่ยวกับการควบคุมการใช้ข่าวสารโดยเครื่องคอมพิวเตอร์*. หน้า. 60.

กิจกรรมส่วนตัวของบุคคล อันเป็นการทำลายชื่อเสียงหรือทำให้ได้รับความอับอายตามความรู้สึกของบุคคลทั่วไป⁶¹ นั้นเอง

2.6 การเข้าถึงข้อมูลในการสอบสวนคดีอาญาและการคุ้มครองสิทธิตามหลักสากล

ในช่วงศตวรรษที่ 17 ได้มีแนวความคิดที่จะหาวิธีการคุ้มครองสิทธิ ซึ่งแต่เดิมถือว่าเป็นเรื่องภายในรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น จะกระทั่งได้เริ่มเปลี่ยนแปลงเป็นการร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อหาทางคุ้มครองสิทธิให้ดีขึ้น ความร่วมมือระหว่างประเทศเห็นได้จากการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่ประเทศต่าง ๆ เริ่มเคลื่อนไหว เช่น ยุติให้มีการเลิกการค้าทาส นอกจากนี้ยังได้มีการทำข้อตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับเรื่องนี้หลายครั้ง เช่น ข้อตกลงระหว่างอังกฤษ กับฝรั่งเศส ซึ่งต่างผูกพันตนในการจำกัดการค้าทาส การเคลื่อนไหวห้ามค้าทาสนี้ได้เพิ่มความเข้มงวดมากขึ้นจนเป็นการยกเลิกการค้าทาส

ในศตวรรษที่ 19 ได้มีความพยายามเคลื่อนไหวเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ทำให้สถาบันบางแห่งเกิดความคิดที่จะทำเอกสารรับรองสิทธิของบุคคลระหว่างประเทศขึ้น เช่น ในปี ค.ศ. 1929 The Institute of International Law ได้ร่าง The Declaration of the International Rights of Man ขึ้น เอกสารดังกล่าวระบุถึงสิทธิของบุคคลไว้เป็นการแน่นอนและสิทธิที่กำหนดในเอกสารฉบับนี้ ผู้ร่างมีเจตนารมณ์ว่าจะใช้เป็นรากฐานของบทบัญญัติในสนธิสัญญาที่ประเทศต่าง ๆ จะจัดทำขึ้นในภายหลัง ซึ่งสิทธิต่าง ๆ เหล่านี้ประกอบด้วย สิทธิในชีวิต, สิทธิในทรัพย์สิน, เสรีภาพในการนับถือศาสนาหรือการเชื่อถือ เสรีภาพในการใช้ภาษาและเสรีภาพในการศึกษาในภาษาที่ตนเลือกและระบุสิทธิเหล่านี้จะละเมิดมิได้ แต่กฎเกณฑ์นี้จะเลื่อนลอยและเน้นหนักไปทางปรัชญามากกว่าที่จะเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายอย่างแท้จริง

ต่อมาหลังสงครามโลกครั้งที่สองได้มีการตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ ก็คือทำให้ความคุ้มครองแก่สิทธิมนุษยชน เพื่อให้มนุษย์ทุกคนทั่วโลกได้รับความคุ้มครองในการที่จะดำรงตนด้วยความเสมอภาค การดำรงชีวิตด้วยความผาสุก การประกอบอาชีพ การแสดงความคิดเห็น หรือการนับถือศาสนาต่าง ๆ องค์การสหประชาชาติได้มีการทำปฏิญญาสิทธิมนุษยชนขึ้นแต่ก็ไม่ได้มีพันธกรณีที่ประเทศใด ๆ ต้องปฏิบัติตามเป็นแต่เพียงแนวทางแก่สมาชิกในองค์การสหประชาชาติที่จะนำไปใช้ในการร่างกฎหมายภายในของตน⁶²

ในปีค.ศ. 1966 องค์การสหประชาชาติได้ร่างอนุสัญญาขึ้นมา 2 ฉบับ คืออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม , และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิส่วนบุคคลและสิทธิทาง

⁶¹ แหล่งเดิม. หน้า. 62.

⁶² วีระ โลจายะ. (2540). กฎหมายสิทธิมนุษยชน. หน้า 72

การเมือง ซึ่งผลของอนุสัญญานั้นทำให้ประเทศที่ลงนามต้องรับรองต้องรับไปปฏิบัติตาม และในปัจจุบันชาติสมาชิกเกือบทั้งหมดได้ให้การรับรองหลักการเรื่องสิทธิของประชาชน ซึ่งรวมถึงสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากการจับกุม แจ้งข้อหา ชัง คั่น ปล່อยชั่วคราว รวมทั้งสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารด้วย

ดังเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ที่แม้ว่ารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีบทบัญญัติโดยชัดเจนในการที่จะคุ้มครองสิทธิในการสื่อสารของบุคคลไว้โดยตรง แต่เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพมีความเท่าทันกับอารยประเทศ ศาลฎีกาของอเมริกาจึงได้ตีความไว้ในคดี *Katz v. United States* 389 U.S. 347, 88 S.Ct. 507 L.Ed 2 576 (1967) ว่า บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4⁶³ (The Fourth Amendment) ขยายความคุ้มครองถึงสิทธิส่วนบุคคลในการสื่อสารของบุคคลด้วย ,และมีกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่วางหลักเกณฑ์ ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบุคคลในการสื่อสาร คือ The Federal Communications Act of 1934 โดยในมาตรา 605 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า “ห้ามมิให้บุคคลใดโดยมิได้รับอนุญาตจากผู้ส่งข่าวสาร กักการสื่อสารใดๆ และเปิดเผยความลับหรือพิมพ์เผยแพร่ความมีอยู่ข้อความ เนื้อหาสาระ หรือความหมายแห่งการสื่อสารที่กักนั้นต่อบุคคลอื่น” , รวมทั้งกฎหมายที่บัญญัติให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐ กระทำการดักฟังทางโทรศัพท์เพื่อประโยชน์ในการป้องกันและสืบหาอาชญากรรมที่ร้ายแรงบางประเภทได้ คือ The Omnibus Crime Control and Safe Street Act of 1968 โดยมีบทบัญญัติให้อำนาจศาลในการอนุญาตให้เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายแห่งสหรัฐและมลรัฐดักฟังทางโทรศัพท์ในการสืบสวนคดีร้ายแรงบางประเภทตามที่ระบุไว้⁶⁴

ปัจจุบันอำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารมีบทบาทเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะการค้นหายานหลักฐานที่มีความสลับซับซ้อน และยากต่อการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีการปกติ ซึ่งความสำคัญดังกล่าวนี้ องค์การสหประชาชาติก็ได้นำมาทำเป็นมาตรฐาน โดยตราไว้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศในส่วนของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมจนเป็นที่ยอมรับว่า อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารเป็นอำนาจสากลที่สามารถดำเนินการได้ หากว่าการดำเนินการนั้นจะไม่เป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลมากเกินไปจนสมควร อย่างไรก็ตามแม้ว่ามาตรฐานขององค์การสหประชาชาติจะไม่ได้วางหลักเกณฑ์การ

⁶³ รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลที่จะมีความมั่นคงและปลอดภัย ในร่างกาย เคหสถาน เอกสารและสิ่งของต่อการค้น ยึด และจับที่ไม่มีเหตุอันสมควรจะถูกละเมิดไม่ได้ และห้าม ไม่ให้มีการออกหมายค้นแต่จะมีเหตุสมควรซึ่งได้มาจากการสาบานหรือปฏิญาณตน และหมายนั้นจะต้องระบุเฉพาะเจาะจงถึงสถานที่ซึ่งจะถูกค้น บุคคลที่จะถูกจับและสิ่งของที่จะถูกยึด”

⁶⁴ กิตติมา ประคุณคดี. (2533). การดักฟังทางโทรศัพท์โดยเจ้าพนักงาน. หน้า 40-43.

ตรวจสอบการเข้าถึงข้อมูลไว้โดยตรง แต่ก็ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ทุกการกระทำที่เป็นมาตรฐานของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การกระทำนั้นจะต้องเคารพต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเสมอ และเพื่อไม่ให้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวถูกทำร้ายเพราะการค้นหาความจริงมากเกินไปจนสมควร ประเทศภาคีจึงสมควรวางกรอบทางนิติบัญญัติโดยกำหนดถึง มาตรการในการตรวจสอบการกระทำที่กระทบกระเทือนถึงสิทธิเสรีภาพนั้นๆด้วย

2.6.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

จากเหตุผลที่ว่า สิทธิเสรีภาพไม่สามารถโอนแก่กันได้ จึงทำให้คณะกรรมการกร่างปฏิญญาสากล ได้นำหลักสำคัญทางความคิด 3 ประการ⁶⁵ คือ กรอบและฐานทางความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ, อิทธิพลความคิดทางสังคมนิยม และแนวคิดรัฐธรรมนูญของประเทศสังคมนิยม, หลักการเชิงชาตินิยมที่เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยมาพิจารณารวมกันแล้ว จึงหมายถึงเสรีภาพพื้นฐาน 4 ประการ คือ การสื่อสาร, ความเชื่อ, ปราศจากความหวาดกลัว, และปราศจากความอดอยาก

แม้ว่าการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสาร จะมีความสำคัญต่อการค้นหาความจริงอย่างมาก แต่ก็ไม่สมควรที่จะกระทำการดังกล่าวให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพ หรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยย์ ข้อที่ 12 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า การเข้าไปสอดแทรกโดยพลการในกิจส่วนตัว ครอบครัว เหยะสถาน การติดต่อสื่อสาร ตลอดจนการมุ่งโจมตีต่อเกียรติยศและชื่อเสียงของบุคคลนั้นจะทำได้ เพราะบุคคลมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจากการสอดแทรกและการลบลู่ดังกล่าวนี้ๆ

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารไว้ แต่เพราะการดูหมิ่นสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรงจนก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่กระทบกระเทือนต่อมโนธรรมของสังคม จึงมีความจำเป็นที่จะต้องใช่วิธีการต่างๆ เพื่อค้นหาความจริงที่เกิดขึ้น และเพื่อให้สิทธิเสรีภาพได้รับความคุ้มครองโดยหลักนิติธรรม ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยย์ ข้อที่ 29 จึงวางหลักเกณฑ์ไว้ว่า เพื่อความสงบระงวดในการยอมรับ และการเคารพโดยชอบในสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น และเพื่อให้สอดคล้องกับข้อกำหนดอันยุติธรรมของศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน รวมถึงสวัสดิการโดยทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย การใช้สิทธิและเสรีภาพนั้น บุคคลต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับเพียงเท่าที่ถูกระบุโดยกฎหมายเท่านั้น⁶⁶ และไม่ว่าในกรณีใดๆ สิทธิเสรีภาพเหล่านี้จะใช้ให้ขัดกับความมุ่งหมายของปฏิญญาสากลนี้ หรือขัดกับหลักการของสหประชาชาติไม่ได้

⁶⁵ จรัญ โฆษณานันท์. (2545). สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม. หน้า 291.

⁶⁶ ดู ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยย์ ข้อที่ 29.

จึงอาจกล่าวได้ว่าการเข้าถึงข้อมูลในการสื่อสาร จะสามารถกระทำได้ดีก็เฉพาะมีความจำเป็นที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของสังคม หรือไม่มีหนทางใดแล้วที่จะทำให้การค้นหาคำความจริงมีประสิทธิภาพมากที่สุดเท่านั้น เพราะอำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลนี้ ผู้ที่ถูกเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารจะไม่สามารถรู้ได้เลยว่าตนกำลังสูญเสียสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารอันเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิส่วนบุคคลอย่างมาก ดังนั้นหากฝ่าฝืนความจำเป็นดังกล่าวนี้แล้ว ย่อมเป็นการทำลายความเชื่อมั่นในสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน รวมทั้งศักดิ์ศรีและคุณค่าของตัวบุคคลโดยสิ้นเชิงนั่นเอง

2.6.2 อนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติเพื่อต่อต้านการทุจริต

เนื่องจากความร้ายแรงของปัญหาและภัยคุกคามของการทุจริต ทำให้เกิดผลกระทบต่อเสถียรภาพและความมั่นคงของสังคม ซึ่งบั่นทอนสถาบันและคุณค่าของระบอบประชาธิปไตย ก่อให้เกิดผลร้ายต่อการพัฒนาที่ยั่งยืนตามหลักนิติธรรม จึงเห็นได้ว่าการทุจริตไม่ใช่ปัญหาในระดับท้องถิ่นเท่านั้น แต่เป็นวิกฤตการณ์ข้ามชาติที่ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคม การร่วมมือระหว่างประเทศ⁶⁷ เพื่อป้องกันและควบคุมการทุจริตอนุสัญญาระดับนี้จึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง

ดังนั้นการใช้กลยุทธ์ที่ครอบคลุม ทันสมัย ผสมผสานจากหลักวิชาอันหลากหลายนั้น ย่อมเป็นสิ่งจำเป็น เพราะทำให้ประสิทธิภาพของอนุสัญญาระดับนี้ มีความสามารถเท่าทันกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นได้ และสามารถดำเนินการป้องกัน แก้ไข ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าอนุสัญญาระดับนี้จะไม่ได้ระบุขั้นตอนและวิธีการตรวจสอบของสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารไว้โดยตรง แต่อนุสัญญาระดับนี้ก็ไดวางหลักเกณฑ์ไว้ในข้อที่ 50 ว่าด้วยการใช้วิธีการพิเศษในการสอบสวน ซึ่งอาจอธิบายได้ว่า เพื่อให้การปราบปรามการทุจริตมีประสิทธิภาพ ประเทศภาคีสมาคมควรมีมาตรการที่จำเป็นภายใต้ขอบเขตที่กระทำได้ตามหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ เพื่อให้หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้อง ได้ใช้วิธีการที่สมควรอันเรียกได้ว่า เป็นอำนาจพิเศษ เช่น การสอดส่องตรวจตราทางอิเล็กทรอนิกส์ (การเข้าถึงข้อมูลการสื่อสาร) , การใช้วิธีการสืบสวนสอบสวนในทางลับ รวมทั้งการพัฒนาทางศาลให้สามารถยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยวิธีการดังกล่าวได้⁶⁸

สำหรับวัตถุประสงค์ของการสืบสวนสอบสวนประเภทความผิดที่อยู่ในบังคับของอนุสัญญาระดับนี้ ประเทศภาคีสมาคมทั้งหลายจะต้องจัดทำข้อตกลงหรือแนวทางปฏิบัติที่สมควรตามที่

⁶⁷ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ และ คณะ. (2548). อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม. หน้า 323.

⁶⁸ ดู อนุสัญญาองค์การสหประชาชาติเพื่อต่อต้านการทุจริต ข้อ 50.

จำเป็นสำหรับการใช้อำนาจพิเศษในการสืบสวนสอบสวนดังกล่าว และการจัดทำนี้ต้องปฏิบัติด้วยความเคารพอย่างสมบูรณ์ ของหลักการว่าด้วยสิทธิและความเสมอภาคภายใต้ข้อบัญญัติของแต่ละประเทศ หากกรณีมีความจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจพิเศษในระหว่างประเทศ แล้วยังไม่มีแนวทางปฏิบัติที่เหมาะสม การตัดสินใจใช้วิธีการพิเศษเหล่านี้ ก็ให้พิจารณาเป็นกรณีๆ ไป

2.6.3 อนุสัญญาของสภายุโรปเรื่องกฎหมายอาญาว่าด้วยการทุจริต

ความเชื่อมั่นในความจำเป็นที่จะต้องแสวงหานโยบายทางอาญา เพื่อมุ่งหมายในการคุ้มครองสังคมให้ปราศจากการทุจริตนั้นมีความสำคัญมาก เพราะการทุจริตเป็นภัยอันตรายต่อเสถียรภาพของสถาบันในระบอบประชาธิปไตย เป็นภัยต่อหลักนิติธรรม กระทบต่อหลักสิทธิมนุษยชน บั่นทอนหลักการบริหารบ้านเมืองที่ดี ความชอบธรรมและความยุติธรรมของสังคม อีกทั้งยังเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคม

ในปัจจุบันจึงได้มีการรวบรวมมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต รวมทั้งการตรากฎหมายที่เหมาะสมมาใช้บังคับ และเพื่อเสริมประสิทธิภาพให้สามารถต่อต้านการทุจริตได้อย่างถูกต้องและรวดเร็ว จึงจำเป็นต้องเพิ่มวิธีการสืบสวนสอบสวนแบบพิเศษโดยส่งเสริมบุคลากรที่มีความชำนาญพิเศษ⁶⁹ ดังที่อนุสัญญาสภายุโรปเรื่องกฎหมายอาญาว่าด้วยการทุจริต ข้อ 20 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ประเทศภาคีแต่ละประเทศจะต้องจัดให้มีมาตรการทั้งหลายที่จำเป็นเพื่อให้เกิดมาตรฐานในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต โดยเฉพาะการมีบุคคลหรือหน่วยงานที่มีความเชี่ยวชาญพิเศษในการต่อต้านการทุจริต ซึ่งมีความเป็นอิสระพอสมควรและสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายของประเทศภาคีนั้นๆ

อย่างไรก็ตาม การจัดตั้งหน่วยงานหรือองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษ แต่ไม่ได้ให้อำนาจพิเศษใดๆเลย การป้องกันและปราบปรามการทุจริตย่อมกระทำไม่ได้โดยยาก ดังนั้นอนุสัญญาสภายุโรปเรื่องกฎหมายอาญาว่าด้วยการทุจริต ข้อ 23 จึงได้วางหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับ มาตรการที่สนับสนุนการรวบรวมพยานหลักฐานไว้ โดยกล่าวไว้ว่า ประเทศภาคีแต่ละประเทศจะต้องจัดให้มีมาตรการทางนิติบัญญัติ หรือมาตรการอื่นๆทางกฎหมาย ที่อนุญาตให้ใช้วิธีการพิเศษในการสืบสวนสอบสวนได้โดยชอบด้วยกฎหมาย⁷⁰ เพื่อให้สามารถรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดที่ระบุไว้ในอนุสัญญานี้ได้

⁶⁹ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ และ คณะ. (2548). อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม. หน้า 261.

⁷⁰ อนุสัญญาสภายุโรปเรื่องกฎหมายอาญาว่าด้วยการทุจริต ข้อ 23.

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ จึงอาจอธิบายได้ว่าการใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลจะ ใช้ได้เฉพาะกับฐานความผิดที่มีความสำคัญและกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของสังคม รวมทั้งไม่มีหนทางอื่นใดที่จะได้พยานหลักฐานดังกล่าวนอกจากการเข้าถึงข้อมูลการ สื่อสารเท่านั้น ที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิส่วนบุคคลว่า การเข้าถึงข้อมูลจะไม่กระทบ ต่อผู้ถูกเข้าถึงข้อมูลมากเกินไป

นอกจากนี้ การมีบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญจะต้องปฏิบัติหน้าที่ได้โดยปราศจากแรง กดดันอันมิชอบด้วย กล่าวคือ การตัดสินใจใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลของผู้เชี่ยวชาญนั้น จะต้องเป็นการตัดสินใจที่ปราศจากการแทรกแซงด้วยอำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การตรวจสอบ การใช้อำนาจเข้าถึงข้อมูลจะกระทำต่อเมื่อมีความจำเป็น หรือมีเหตุอันควรสงสัยอย่างยิ่งที่ไม่อาจ หลีกเลี่ยงได้เท่านั้น เพราะหากมีการตรวจสอบมากเกินไปก็จะทำให้การค้นหายานหลักฐานมี ความล่าช้าเกินกว่าที่ควรจะเป็น จนอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อการพิจารณาคดีได้

2.6.4 อนุสัญญาขององค์การนาาประเทศแห่งภาคพื้นอเมริกาเพื่อต่อต้านการทุจริต

การทุจริตเป็นการบั่นทอนความชอบธรรมของสถาบันระบอบประชาธิปไตย ทั้งยัง ส่งผลกระทบต่อสังคม ศีลธรรมอันดี และความยุติธรรม ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเงื่อนไขที่ สำคัญที่ทำให้เกิดเสถียรภาพของการพัฒนาสังคม คือการต่อต้านระบบทุจริตทุกรูปแบบที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะการกระทำทุจริตที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติในงานราชการนั้นๆ

เทคโนโลยีในปัจจุบันได้มีความเจริญก้าวหน้าเป็นอย่างมาก รวมทั้งในด้านวิธีการทุจริต ด้วย และถ้าวิธีการทุจริตดังกล่าวได้ถูกนำไปใช้โดยบุคคลที่ไม่ประสงค์ดีกับกฎหมาย ย่อมจะสร้าง ความเสียหายให้กับสังคมเป็นอย่างมาก ดังนั้นการทำให้ประชาชนในประเทศได้ตระหนักถึงความ สำคัญและความร้ายแรงของปัญหานี้จึงเป็นสิ่งที่มีความจำเป็น อันเป็นการให้สังคมได้มีส่วนร่วมใน การป้องกันปราบปรามผู้กระทำความผิดอีกทางหนึ่งด้วย อย่างไรก็ตามเพราะความสะดวก สบายจึง ทำให้การทุจริตเป็นเครื่องมือที่ได้รับความนิยมของอาชญากรมากที่สุด การก่อตั้งหน่วยงานกลาง เพื่อรองรับถึงปัญหาดังกล่าวจึงเป็นมาตรการที่น่าจะมีประสิทธิภาพมากที่สุด⁷¹

หน่วยงานกลางที่ทำหน้าที่ดังกล่าวนี้ อาจได้รับอำนาจดังที่ อนุสัญญาขององค์การนาา ประเทศแห่งภาคพื้นอเมริกาเพื่อต่อต้านการทุจริต ข้อ 3 ได้ให้อำนาจไว้ กล่าวคือ หน่วยงานดังกล่าว นี้สามารถใช้กลไกที่มีความทันสมัยในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต รวมทั้งมีอำนาจในการ ตรวจสอบ ลงโทษ และกำจัดการกระทำที่ทุจริตได้ อย่างไรก็ตามแม้ว่ามาตรการป้องกันนี้จะไม่ได้

⁷¹ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ และ คณะ. (2548). อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันและ ปราบปรามอาชญากรรม. หน้า 291.

กำหนดหลักเกณฑ์ในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารไว้⁷² แต่ก็เป็นที่น่าพอใจกันโดยทั่วไปว่า วิธีการที่ทันสมัยย่อมหมายถึง การใช้เทคนิควิธีใดๆก็ได้ที่มีความทันสมัย เท่าเทียมหรือเหนือกว่าอาชญากร ในการตรวจสอบการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้น และวิธีการที่ทันสมัยดังกล่าวนี้ ก็หมายรวมถึงวิธีการเข้าถึงข้อมูลด้วยนั่นเอง

เพื่อให้วัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฉบับนี้มีประสิทธิภาพมากขึ้น การพิจารณาการใช้มาตรการป้องกันและปราบปรามการทุจริตภายในองค์กรนั้น องค์กรกลางสามารถขอความร่วมมือจากภาครัฐที่เป็นกลาง ภาคประชาสังคมหรือองค์กรเอกชน เพื่อเข้ามาช่วยกันตรวจสอบการกระทำที่เป็นความผิด รวมทั้งวิธีการที่เหมาะสมในการลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าวนี้ๆได้ อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีที่ภาครัฐยังไม่มีความพร้อมในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสาร เพราะขาดอุปกรณ์ที่ทันสมัย ภาครัฐก็สามารถขอความร่วมมือให้หน่วยงานเอกชนกระทำการเข้าถึงข้อมูลแทนภาครัฐก็ได้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว ภาครัฐมักจะวางหลักเกณฑ์ไว้อย่างเคร่งครัด เช่น ระบุขอบเขตที่จะกระทำการเข้าถึงข้อมูล ให้ทำลายข้อมูลที่ไม่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดี เพื่อป้องกันไม่ให้หลักผลประโยชน์ส่วนรวมกระทบกระเทือนกับหลักคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลมากเกินไป

⁷² ดู อนุสัญญาองค์การนาพาประเทศแห่งภาคพื้นอเมริกาเพื่อต่อต้านการทุจริต ข้อ 3.

บทที่ 3

การเข้าถึงข้อมูลในการสอบสวนคดีอาญาตามกฎหมายต่างประเทศ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการเข้าถึงข้อมูลก็เป็นการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อใช้ในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดกระทำความผิดหนึ่ง และเป็นการป้องกันอาชญากรรมที่จะเกิดขึ้น แต่ปัจจุบันการกระทำผิดนั้นได้มีการพัฒนาไปตามเทคโนโลยีที่มีความก้าวหน้า ทำให้ยากแก่การสืบสวนหาพยานหลักฐานเพื่อมาใช้ในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด นอกจากนั้นรูปแบบการทำความผิดก็ได้มีการพัฒนาจากการกระทำเพียงคนเดียวเป็นการกระทำแบบองค์กรอาชญากรรมที่มีการแบ่งหน้าที่กันทำและมีการปกครองตามลำดับชั้น ทำให้การสืบสวนหาความสัมพันธ์ของกลุ่มอาชญากรต่างๆ ไม่อาจกระทำได้ตามวิธีการสืบสวนปกติทั่วไป

อย่างไรก็ตามมาตรการในการเข้าถึงข้อมูลไม่ว่าจะเป็นประเทศไทยหรือต่างประเทศ ก็สมควรจะพิจารณาการคุ้มครองข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลควบคู่กับการเข้าถึงข้อมูลไปด้วย เพราะเป็นการให้หลักประกันว่าการกระทำดังกล่าวจะไม่ก้าวล่วงไปในสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลมากเกินไป สมควร เช่น จัดให้มีการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลเพียงเท่าที่เกี่ยวข้อและจำเป็นเพื่อการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์ และยกเลิกการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวเมื่อหมดความจำเป็นแล้ว เป็นต้น

ในเรื่องการเข้าถึงข้อมูลนั้นถือว่าเป็นเทคนิคการสืบสวนพิเศษขององค์การตำรวจสากล (Interpol) อีกด้วย ซึ่งได้มีการกำหนดรูปแบบเป็นสนธิสัญญาทวิภาคี และมีข้อตกลงร่วมกันในการปฏิบัติการของประเทศสมาชิกขององค์การตำรวจสากล โดยได้กำหนดในเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล นอกจากนั้นยังได้กำหนดหลักเกณฑ์อื่นๆ ในการค้นหาพยานหลักฐาน เพื่อนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ⁷⁴ ดังเช่น ความร่วมมือโดยการนำเครื่องมือที่จำเป็นมาใช้เพื่อจุดมุ่งหมายในการค้นหาหรือได้รับพยานหลักฐาน อาทิ การจัดส่งภายใต้การควบคุมของกฎหมาย , การปฏิบัติการสะกดรอยและการอำพราง , การเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคล กรณีจะใช้มาตรการพิเศษนี้ได้ก็ต่อเมื่อในเขตอำนาจของการปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น หรือการขออนุญาตจากเจ้าหน้าที่อื่นใดมาเป็น

⁷⁴ Model (Bilateral) Police Co-Operation Agreement (August 14). From Available URL :

ผู้สังเกตการณ์ในการค้นผู้กระทำความผิด หรือกรณีการให้คำแนะนำระหว่างการค้นหาพยานหลักฐานเพื่อนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

สำหรับสหรัฐอเมริกานั้นการเข้าถึงข้อมูลโดยวิธีการดักฟังนั้น⁷⁵ ในทางกฎหมายแล้วถือว่าเป็นสิ่งที่จำเป็น บางครั้งก็มีการถกเถียงกันว่าการสะกดรอยสามารถจัดหาข้อมูลข่าวสารซึ่งไม่อาจได้รับในกรณีอื่นๆ ประโยชน์ที่ได้จากการสะกดรอยรับถือเป็นพยานหลักฐานที่มีความน่าเชื่อถือและเป็นการสืบสวนที่บางครั้งมีความปลอดภัยมากกว่าการเข้าไปวางเครื่องมือดักฟัง แต่เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายก็มีความเห็นว่าการเข้าถึงข้อมูลโดยวิธีการดักฟังเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างขาดเสียมิได้ในคดีที่ไม่ต้องการให้มีความผิดพลาดใดๆ

การดักฟังเป็นเทคนิคการสืบสวนที่สำคัญโดยเฉพาะในคดีซึ่งอาชญากรรมมีการซ่อนเร้น เช่น ในคดีคอร์รัปชันของรัฐบาล “ILLWIND” เกี่ยวข้องเป็นสมาชิกของสำนักงานแก้ต่างและผู้ทำสัญญาเกี่ยวกับทางทหาร ซึ่งมีการจงใจทำให้คนจำนวน 64 คน ถูกลงโทษและปรับเป็นเงิน 271 ล้านบาท คำสั่งให้ชดใช้และใช้กลับสู่สภาพเดิม จึงอาจกล่าวได้ว่าการสืบหาของรูปแบบของพยานหลักฐานอื่นๆ โดยเฉพาะการดักฟังในคดีคอร์รัปชันของรัฐบาลจะทำให้เกิดความเชื่อมั่นมากขึ้นว่าบุคคลใดที่เป็นผู้กระทำความผิดจริง

ประเด็นที่น่าสนใจคือคำกล่าวของจอห์นเคย์พนักงานอัยการของเมืองมันเมาส์ นิวเจอร์ซีได้รายงานว่าการฟ้องคดีในเมืองนี้พยานหลักฐานที่ได้จากการดักฟังส่วนใหญ่เป็นเรื่องของเจ้าหน้าที่ตำรวจ เช่นในคดีของการใช้กลฉ้อฉลของโครงการสวัสดิการสังคมหรือผู้ดูแลโครงการบุคคลจำนวน 79 คน ได้ถูกลงโทษโดยให้การรับสารภาพว่ากระทำผิดเพราะจำนนต่อพยานหลักฐานจำนวนมาที่ได้มาจากการดักฟัง อย่างไรก็ตาม เป็นความยากที่จะพิสูจน์ถึงประสิทธิภาพของการดักฟัง เนื่องจากไม่มีวิธีการใดที่จะรู้ว่าในทุกคดี อะไรคือส่วนสุดท้ายนำไปสู่การลงโทษแม้ว่าการพิจารณาคดีจำเลยร่วมกระทำผิด แต่ก็ไม่มีพยานหลักฐานใดๆที่จะชักจูงใจคณะลูกขุนให้เชื่อว่าจำเลยกระทำความผิด

อย่างไรก็ตามวิวัฒนาการทางเทคโนโลยีสารสนเทศ การป้องกันรหัสของการติดต่อสื่อสารหรือการป้องกันการเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟัง เป็นปัญหาที่ยากสำหรับหน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย ทำให้ในเดือนมีนาคม 1992 FBI ได้เตรียมโครงการวิชาการทางโทรศัพท์ที่ดิจิทัลสำหรับ

⁷⁵ Codes Keys. and Conflicts. (August 11). Issues in U.S Crypto Policy, Chapter 3 A Law Enforcement View of Encryption : The Problems. From Available URL : http://www.acm.org/reports/acm_crypto_studychap3.Html#NWCCScite,2002

สภาองเกรส ซึ่งโครงการได้ขอร้องผู้ให้บริการการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในการเข้าถึงข้อมูลเพื่อให้แน่ใจว่าความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีเกี่ยวกับการสลับสายโทรศัพท์ที่ใช้ระบบกดปุ่มนั้น ไม่ได้ขัดขวางรัฐบาลในการปฏิบัติการค้นหาพยานหลักฐานโดยการดักฟังที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจาก การเข้าถึงข้อมูล โดยการดักฟังยังคงเป็นพยานหลักฐานที่สำคัญในการพิจารณาคดี

3.1.1 เหตุในการร้องขอให้เข้าถึงข้อมูลการสนทนา

เหตุในการร้องขอให้มีการเข้าถึงข้อมูล โดยการดักฟังนั้น ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ที่ The Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968 มาตรา 2511 คือห้ามดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล แต่มีการกำหนดเป็นข้อยกเว้นให้มีการดักฟังได้เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนและการป้องกันอาชญากรรมบางประเภท และต้องเป็นกรณีที่ได้มีการใช้วิธีการสืบสวนสอบสวนโดยวิธีอื่นๆ แล้วแต่ไม่ประสบความสำเร็จ โดยให้แสดงผลด้วยว่าเหตุใดถึงจะไม่มีทางประสบความสำเร็จ หรือถ้าใช้วิธีการอื่นจะมีอันตรายมากกว่าเหตุ

เดิมที่ The Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968 ได้มีวัตถุประสงค์ 2 ประการ ได้แก่ การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล (protecting the privacy of individuals) และการให้รัฐสามารถใช้วิธีการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลที่จำเป็น เพื่อการบังคับใช้กฎหมายที่ได้ผล (Enabling the government to obtain information necessary for effective law enforcement)⁷⁶ ซึ่งกรณีนี้ที่กล่าวมานี้เป็นแนวความคิดมาจากรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา

แต่กรณีที่น่าพิจารณาคือ รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีบทบัญญัติให้การรับรองสิทธิในการสื่อสารของบุคคลไว้โดยชัดแจ้ง คงมีแต่บทบัญญัติแก้ไขรัฐธรรมนูญเพิ่มเติม ฉบับที่ 4 (The Fourth Amendment) เท่านั้น ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า “สิทธิของบุคคลที่จะมีความปลอดภัยมั่นคงในร่างกาย เคหสถาน เอกสาร และวัตถุสิ่งของต่อการค้น การยึด และการจับ ที่ไม่มีเหตุอันควร จะถูกล่วงละเมิดไม่ได้ และห้ามไม่ให้มีการออกหมาย เว้นแต่จะโดยมีเหตุอันควร ซึ่งได้มาโดยการสาบานหรือปฏิญาณตน และหมายนั้นจะต้องระบุเฉพาะเจาะจงถึงสถานที่ซึ่งจะถูกค้น ตัวบุคคลที่จะถูกจับและสิ่งของที่จะถูกยึด” จากที่กล่าวมานี้ ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาจึงนำมาตีความว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว ได้ขยายความคุ้มครองถึงสิทธิส่วนบุคคล จากการที่เจ้าพนักงานทำการเข้าถึงข้อมูล โดยการดักฟังเสียงสนทนาทางโทรศัพท์ ด้วยนั่นเอง

⁷⁶ สุชาติ ตรีภูตเกษมสุข. (2543). การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการดักฟังทางโทรศัพท์.

3.1.2 ความผิดทางอาญาที่อาจถูกเข้าถึงข้อมูล

การเข้าถึงข้อมูลของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดลักษณะไว้ใน The Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968 มาตรา 2516 (1) ซึ่งเป็นฐานความผิดอาญาบางประเภทที่พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถทำการเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟังได้ หากเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ในประเทศไทยจะพบว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้กำหนดไว้ว่า กรณีใดบ้างที่เจ้าหน้าที่สามารถกระทำการเข้าถึงข้อมูลได้ คงพิจารณาแต่เพียงว่าถ้าการกระทำดังกล่าวไปกระทบสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลมากเกินไปจนสมควร การกระทำดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อพิจารณาต่อไปจะพบว่าถ้าไม่มีการวางหลักเกณฑ์ในการเข้าถึงข้อมูลแล้ว การค้นหาพยานหลักฐานเพื่อนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ย่อมเป็นไปได้ด้วยความยากลำบากกว่าความเป็นจริง เพราะการเข้าถึงข้อมูลมีความสำคัญต่อกระบวนการยุติธรรมอย่างมาก การวางกรอบแต่เพียงว่าการกระทำนั้นจะกระทบสิทธิเสรีภาพหรือไม่จึงเป็นการสร้างความเหลื่อมล้ำระหว่างผู้กระทำความผิดและเจ้าหน้าที่ของรัฐนั่นเอง สำหรับลักษณะความผิดทางอาญาของสหรัฐอเมริกาที่สามารถกระทำการดักฟังเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนและป้องกันอาชญากรรมนั้น ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ใน The Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968⁷⁷ มาตรา 2516 มีดังต่อไปนี้

- 1) ความผิดที่มีโทษประหารชีวิตหรือจำคุกเกินกว่า 1 ปี
- 2) การละเมิดมาตรา 186 หรือมาตรา 501 (c) ของภาค 26 (เกี่ยวกับข้อจำกัดในการจ่ายเงินและกู้ยืมแก่องค์กรผู้ใช้แรงงาน) การปล้นหรือกรรโชก และเป็นความผิดที่มีโทษตามภาค 18
- 3) ความผิดต่างๆ ซึ่งถูกลงโทษภายใต้ภาค 18 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐดังต่อไปนี้
- 4) ความผิดภาค 18 (การปลอมแปลงที่ถูกลงโทษภายใต้มาตรา 471, 472, 473)
- 5) ความผิดภาค 11 ที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงเกี่ยวกับคดีความ หรือการผลิตการนำเข้า การรับการปกปิด การซื้อ การขาย หรือความผิดในลักษณะอื่นที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติดกัญชา หรือยาอันตรายอื่น ที่มีโทษตามกฎหมายสหรัฐ
- 6) ความผิดภาค 18 รวมถึงกิจการค้าเชื่อซึ่งเอาเปรียบภายใต้มาตรา 892, 893 หรือ 894
- 7) การฝ่าฝืนภาค 31 มาตรา 532 (การรายงานธุรกิจทางการเงิน)
- 8) การฝ่าฝืนภาค 18 ที่เป็นความผิดตามมาตรา 2511 และ 2512 (เกี่ยวกับการดักฟังทางโทรศัพท์ และการเปิดเผยการสื่อสาร และเครื่องมือดักฟัง)
- 9) การฝ่าฝืนภาค 18 ในบทที่ 71 (และเครื่องมือดักฟัง)
- 10) การฝ่าฝืนภาค 49 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐ ตามมาตรา 1679a (C) (2) (เกี่ยวกับการทำลายท่อส่งก๊าซธรรมชาติ) หรืออนุมาตรา (I) หรือ (n) ของมาตรา 1472 (เกี่ยวกับสลัดอากาศ)

⁷⁷ แหล่งเดิม. หน้า 78.

- 11) การฝ่าฝืนภาค 22 ทางอาญาในมาตรา 2778 (The Arms Export Control Act)
- 12) ผู้ที่ถูกล้มจากการทำความผิดที่ระบุไว้ในมาตรานี้
- 13) การสมคบที่จะกระทำความผิดต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้น
- 14) การฝ่าฝืนภาค 18 มาตรา 922 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐ (เกี่ยวกับอาวุธปืน)
- 15) การฝ่าฝืนมาตรา 5861 แห่งประมวลรัษฎากรภายใน ค.ศ. 1986 (เกี่ยวกับอาวุธปืน)

3.1.3 องค์การที่มีอำนาจอนุญาตให้เข้าถึงข้อมูลและการพิจารณาคำร้องขอในการเข้าถึงข้อมูล

การที่เจ้าพนักงานของรัฐจะกระทำการเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟังเสียงสนทนาได้นั้น จะต้องขออนุญาตจากศาลก่อน โดยคำร้องดังกล่าวจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรประกอบด้วยคำสาบานหรือปฏิญาณต่อผู้พิพากษาที่มีเขตอำนาจศาลและจะต้องระบุอำนาจของผู้ร้องขอในการทำคำร้องดังกล่าวด้วย ซึ่งกรณีจะคล้ายกับความตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ที่วางกลไกเกณฑ์ไว้ว่า ให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษซึ่งได้รับอนุมัติจากอธิบดีเป็นหนังสือสามารถยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษได้กระทำการเข้าถึงข้อมูลเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารดังกล่าวนั้นก็ได้อีก แต่กรณีรายละเอียดในคำร้องที่จะต้องยื่นต่อผู้พิพากษาที่มีเขตอำนาจศาล รวมถึงการพิจารณาคำร้องดังกล่าวของศาลประเทศไทย ไม่ได้กำหนดรายละเอียดโดยเฉพาะ อีกทั้งใช้วิธีการเขียนคำร้องแบบทั่วไปตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษเท่านั้น จะร้องขอตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้เนื่องจากไม่มีหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้เพียงแต่เพิ่มหลักประกันสิทธิเสรีภาพ

คำร้องของประเทศสหรัฐอเมริกาในการเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟังที่จะยื่นต่อผู้พิพากษาที่มีเขตอำนาจศาลนั้น⁷⁸ ต้องระบุรายละเอียด ดังต่อไปนี้

- 1) เจ้าหน้าที่สืบสวนสอบสวน หรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายที่ทำคำร้องขอดักฟังและเจ้าหน้าที่ผู้อนุญาตตามคำร้องนั้น
- 2) รายละเอียดที่ครบถ้วนเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่เกี่ยวกับคำร้องที่ให้เหตุผลได้ถึงเหตุผลที่ศาลควรมีคำสั่งอนุญาต รวมทั้ง
 - 2.1) รายละเอียดเกี่ยวกับความผิดโดยเฉพาะ ซึ่งได้เกิดขึ้น กำลังเกิดขึ้น หรือกำลังจะเกิดขึ้น
 - 2.2) เว้นแต่ที่กฎหมายกำหนดไว้ในอนุมาตรา (11) รายละเอียดที่เกี่ยวกับลักษณะและสถานที่ตั้งเครื่องดักฟัง

⁷⁸ แหล่งเดิม. หน้า 82-84.

2.3) รายละเอียดเกี่ยวกับประเภทของการสื่อสารที่จะดักฟัง

2.4) รายละเอียดเกี่ยวกับบุคคลซึ่งการสื่อสารของเขาจะถูกดักฟัง ถ้าหากสามารถระบุได้

3) รายละเอียดที่แสดงว่าได้มีการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีอื่นแล้วแต่ไม่ประสบความสำเร็จหรือเหตุผลที่แสดงว่าจะไม่ประสบความสำเร็จหากใช้วิธีการอื่น หรืออาจจะเป็นอันตรายเกินควร

4) ระยะเวลาที่ขออนุญาตดักฟังถ้าโดยลักษณะแห่งการดักฟังพิจารณาได้ว่าการอนุญาตเพื่อดักฟังไม่อาจยุติโดยอัตโนมัติได้ (กรณีนี้เป็นการคุ้มครองผู้ที่ถูกดักฟังว่าสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลจะไม่ถูกก้าวล่วงมากเกินไปจนเกินสมควร) การระยะเวลานี้ให้รวมถึงการสื่อสารประเภทที่ระบุไว้ได้รับแล้วใน โอกาสแรก ถ้าพฤติการณ์มีความจำเป็นที่จะต้องดักฟังต่อ ให้ระบุรายละเอียดเกี่ยวกับข้อเท็จจริง โดยเฉพาะต้องระบุเหตุอันควรเชื่อได้ว่า จะมีการสื่อสารในประเภทเดียวกันเพิ่มเติมอีกในภายหลัง

5) รายละเอียดที่ครบถ้วนเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในเรื่องคำร้องที่ผ่านมาทั้งหมด ที่บุคคลผู้อนุญาตและได้ทำคำร้องให้ได้ทราบ แล้วยื่นต่อผู้พิพากษาใดๆ เพื่อขออนุญาตดักฟัง หรือเพื่อขอรับรองการดักฟัง การสื่อสารทางสาย ทางคำพูดหรือทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคคลใดๆ ที่อยู่ในกลุ่มเดียวกัน รวมทั้งรายละเอียดที่ครบถ้วนเกี่ยวกับเครื่องอำนวยความสะดวก หรือสถานที่ที่ระบุในคำร้อง และผู้พิพากษาตั้งคำร้องแต่ละฉบับอย่างไร

6) กรณีที่เป็นคำร้องขอขยายระยะเวลาดักฟัง จะต้องระบุว่า การดักฟังยังได้ข้อมูลไม่เป็นที่น่าพอใจ หรือคำอธิบายที่มีเหตุผลถึงการล้มเหลวที่จะได้รับจากการดักฟังที่ผ่านมา

อนึ่ง เมื่อเจ้าพนักงาน ได้ยื่นคำร้องต่อศาลขออนุญาตดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์สากลของประเทศสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาคำร้องโดยอาศัยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังต่อไปนี้

1) มีเหตุอันควรเชื่อว่ามีบุคคลกำลังกระทำความผิด หรือได้กระทำความผิดเกี่ยวกับการทำความผิดเฉพาะที่ระบุไว้ในมาตรา 2516

2) มีเหตุอันควรเชื่อว่าการสื่อสารที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด จะได้รับจากการดักฟัง

3) ได้มีการพยายามใช้วิธีการสืบสวนสอบสวนทั่วไปแล้วแต่ล้มเหลว หรือมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะไม่ประสบความสำเร็จ แม้จะมีการพยายาม หรือเป็นการเสี่ยงอันตรายเกินควร

4) เว้นแต่ตามที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา 11 ที่มีเหตุอันควรเชื่อว่ามีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า เครื่องอำนวยความสะดวก หรือสถานที่ที่จะทำการดักฟัง ได้กำลังใช้หรือกำลังจะถูกใช้เกี่ยวกับการกระทำความผิดหรือบุคคลดังกล่าวเป็นผู้เช่า มีชื่อเป็นเจ้าของ หรือใช้เป็นปกติ

เมื่อศาลพิจารณา คำร้องแล้วเห็นควรอนุญาตให้ดักฟังทางโทรศัพท์ คำสั่งศาลที่อนุญาตให้ดักฟังนั้น จะต้องระบุถึงบุคคลซึ่งการสื่อสารของเขาจะถูกดักฟัง สถานที่ซึ่งอนุญาตให้ดักฟัง รายละเอียดเกี่ยวกับความผิดที่เกี่ยวข้องกับการดักฟัง หน่วยงานที่ได้รับอนุญาตให้ดักฟัง ระยะเวลาที่อนุญาตให้ดักฟัง (สำหรับระยะเวลาที่ศาลจะอนุญาตให้มีการดักฟังได้นั้น จะต้องไม่เกินกว่าความจำเป็นในการบรรลุผลตามคำร้องขออนุญาตนั้น แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตาม ศาลจะอนุญาตเกินกว่า 30 วัน ไม่ได้ อย่างก็ตามแม้ศาลจะอนุญาตได้ไม่เกิน 30 วัน แต่หากมีกรณีจำเป็นต้องดักฟังต่อไป ก็ต้องมีกรขึ้นคำร้องขออนุญาตต่อศาล โดยคำร้องก็ต้องระบุรายละเอียดและเหตุทำนองเดียวกับการขออนุญาตดักฟังในครั้งแรก และศาลก็จะพิจารณาระยะเวลาการดักฟังโดยใช้เกณฑ์เหมือนกับการพิจารณาคำร้องขออนุญาตดักฟังในครั้งแรกเช่นกัน)

หากพิจารณาขั้นตอนในการขออนุญาตเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟัง จะพบว่ามีหลายขั้นตอนที่เป็นเช่นนั้นเพราะเพื่อควบคุมการดักฟังมิให้กระทำโดยไม่มีเหตุอันควรซึ่งคล้ายกับประเทศไทยในส่วนของกรคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล แต่กรณีที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็นกรเข้าถึงข้อมูลโดยไม่จำเป็นต้องขออนุญาตผู้พิพากษาที่มีเขตอำนาจศาล เนื่องจาก The Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968 ได้เล็งเห็นว่าบางกรณีอาจมีความจำเป็นฉุกเฉินเร่งด่วนที่จะต้องดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ที่ไม่อาจรอให้ได้รับการอนุญาตจากศาลก่อน จึงได้มีบทบัญญัติในมาตรา 2518 (7) ซึ่งวางหลักเกณฑ์ให้เจ้าพนักงานของรัฐสามารถทำการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ก่อนที่จะได้รับอนุญาตจากศาลได้ โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขต่อไปนี้

- 1) จะมีอันตรายถึงแก่ชีวิตหรืออันตรายต่อร่างกายสาหัสต่อบุคคลใดๆ โดยทันทีทันใด
- 2) การสมคบกับกระทำการซึ่งเป็นการคุกคามต่อความมั่นคงแห่งรัฐ
- 3) การสมคบกันเป็นองค์กรอาชญากรรม

อนึ่งแม้จะมีข้อเท็จจริงจริงที่เข้าเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้น ยังต้องพิจารณาอีกประการหนึ่งคือ การดักฟังก่อนที่จะได้รับอนุญาตจากศาลนั้น ต้องเป็นกรณีที่ศาลอาจอนุญาตให้ดักฟังได้ นอกจากนั้นหลังจากได้มีการดักฟังแล้ว จะต้องขออนุญาตต่อศาลภายใน 48 ชั่วโมง หลังจากได้มีการเริ่มลงมือดักฟัง เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทยไม่พบว่าหลักเกณฑ์การเข้าถึงข้อมูลด้วยเหตุจำเป็นเร่งด่วนบัญญัติไว้ จึงสมควรจะนำมาพิจารณาอย่างยิ่ง

3.1.4 การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูลการสนทนา

การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟังเสียง โดยหลักจะถูกห้ามมิให้ใช้เป็นพยานหลักฐานในศาล คณะลูกขุนใหญ่ สำนักงาน พนักงาน เจ้าหน้าที่ หน่วยงานที่รักษาระเบียบคณะกรรมการทางกฎหมาย หรือองค์กรอื่นใด ถ้าการเปิดเผยข้อความจะเป็นการฝ่า

ฝืนกฎหมายฉบับนี้ กรณีจึงมีความแตกต่างกับประเทศไทยเพราะไม่มีหลักเกณฑ์การเข้าถึงข้อมูลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ส่วนการเข้าถึงข้อมูลตามพระราชบัญญัติทั่วไปก็สามารถใช้ข้อมูลดังกล่าวได้โดยทันที ขอเพียงเป็นการใช้ในกิจการตามที่ระบุไว้ในพระราชบัญญัตินี้⁷⁹ กรณีการขอใช้ประโยชน์จากข้อมูลข่าวสารที่ได้มาภายในหน่วยงานกรมสอบสวนคดีพิเศษ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่อธิบดีกำหนด

หลักเกณฑ์อนุญาตให้เปิดเผยข้อความการดักฟังทางโทรศัพท์ของสหรัฐอเมริกา ได้แก่⁸⁰

1) เจ้าหน้าที่สืบสวนสอบสวนหรือเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายผู้ใดที่ได้รับอนุญาตโดยวิธีใดๆ ในการเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟังนี้ ได้ทราบข้อความการสื่อสารทางสาย ทางคำพูด หรือทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือได้พยานหลักฐานมาจากการดักฟังทางอื่นๆ อาจเปิดเผยข้อความดังกล่าวต่อเจ้าหน้าที่สืบสวนสอบสวน หรือเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายอื่นภายในขอบเขตที่เหมาะสมของการปฏิบัติหน้าที่

2) เจ้าหน้าที่สืบสวนสอบสวน หรือเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายผู้ใดที่ได้รับอนุญาตโดยวิธีใดๆ ในการเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟังนี้ ได้ทราบข้อความการสื่อสารทางสาย ทางคำพูด หรือทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือได้พยานหลักฐานมาจากการดักฟังทางอื่นๆ อาจใช้ข้อความดังกล่าวภายในขอบเขตที่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่เจ้าพนักงานของตน

3) บุคคลใดที่ได้รับอนุญาตโดยวิธีใดๆ ในการเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟังนี้ ได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการสื่อสารทางสาย ทางคำพูด หรืออิเล็กทรอนิกส์ หรือได้พยานหลักฐานมาจากการดักฟังตามบทบัญญัติแห่งลักษณะนี้ รวมทั้งพยานหลักฐานที่ได้มาในขณะที่ให้การเป็นพยานภายใต้การสาบาน หรือปฏิญาณในการพิจารณาโดยหน่วยงานของสหรัฐหรือมลรัฐ หรือหน่วยงานทางการเมืองของสหรัฐหรือมลรัฐ อาจเปิดเผยข้อความแห่งการสื่อสารดังกล่าวได้

4) การดักฟังที่ไม่เป็นไปตามบทนี้หรือฝ่าฝืนบทนี้จะไม่ได้รับความคุ้มครองในการเปิดเผย

เมื่อเจ้าหน้าที่สืบสวนสอบสวน หรือเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟังการสื่อสารทางสาย ทางคำพูด หรือทางอิเล็กทรอนิกส์ในกรณีที่ได้รับอนุญาตให้ดักฟังการสื่อสารทางสาย ทางคำพูด หรือทางอิเล็กทรอนิกส์ เกี่ยวกับความผิดอื่นนอกเหนือจากที่ระบุไว้ในคำสั่งอนุญาต หรือได้รับอนุญาตให้รับรองข้อความที่ได้รับและพยานหลักฐานที่ได้รับจากการดักฟังอาจถูกเปิดเผย หรือใช้ตามข้อ 1) และ 2) ตามที่กล่าว

⁷⁹ ข้อบังคับคณะกรรมการคดีพิเศษ ว่าด้วยการเก็บรักษาการใช้ประโยชน์ข้อมูลข่าวสารที่ได้มาและการทำลายข้อมูลข่าวสารอื่น พ.ศ.2547 ข้อ 11.

⁸⁰ สุชาติ ตระกูลเกษมสุข. เล่มเดิม. หน้า 85.

มาแล้ว เมื่อได้รับอนุญาตหรือรับรองจากผู้พิพากษาที่มีเขตอำนาจศาลแล้ว หากผู้พิพากษาดังกล่าวได้พิจารณาว่าคำร้องฉบับต่อมา ที่ไม่ว่าจะกล่าวข้อความที่ได้มาอย่างไรก็ตามที่เกี่ยวกับการดักฟังตามบทบัญญัติแห่งลักษณะนี้ คำร้องดังกล่าวจะต้องเสนอต่อศาลในทันทีที่จะทำได้

3.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Grundgesetz) ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในเรื่องความลับในการสื่อสารไว้ในมาตรา 10 ว่า ความลับในการสื่อสารทางจดหมาย ไปรษณีย์ และการสื่อสารทางไกลไม่อาจถูกล่วงละเมิด

3.2.1 การดำเนินคดีอาญาทั่วไป

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในกรณีที่มีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานกระทำเพื่อคุ้มครองระเบียบพื้นฐานในการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย และความมั่นคงของสหพันธ์และมลรัฐแล้ว ย่อมตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวได้ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องแจ้งให้ผู้ถูกระทบสิทธิทราบ และให้องค์กรหรือองค์กรผู้ช่วยต่างๆ ที่แต่งตั้งโดยสภาพผู้แทนราษฎรเป็นหน่วยงานตรวจสอบทดแทนการใช้สิทธิฟ้องร้องต่อศาล

กรณีจะมีความแตกต่างกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 36 ที่ได้วางข้อจำกัดของเสรีภาพในการสื่อสารไว้ว่าเว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กล่าวคือ แม้ว่าการคุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสารของรัฐธรรมนูญประเทศเยอรมนีและประเทศไทยจะเหมือนกันคุ้มครองการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย และความมั่นคงของรัฐ แต่ส่วนที่แตกต่างกันคือตราบทบัญญัติของกฎหมายขึ้นมาใช้บังคับ โดยเยอรมันสามารถตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวได้ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องแจ้งให้ผู้ถูกระทบสิทธิทราบ ส่วนไทยเป็นกรณีตามแต่อำนาจของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะตราขึ้นมาใช้บังคับ

การเข้าถึงข้อมูลสารสนเทศตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น อำนาจในการเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟังทางโทรศัพท์ เดิมจะมีเฉพาะแต่ในการยึดไปรษณีย์ภัณฑ์ ซึ่งบัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลแต่ในกรณีฉุกเฉินจำเป็นก็ให้พนักงานอัยการมีอำนาจดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ไปรษณีย์ภัณฑ์ที่จะถูกยึดได้นั้นจะต้องเป็นจดหมาย พัสดุไปรษณีย์หรือโทรเลขที่ส่งมาให้แก่ผู้ถูกกล่าวหา (มาตรา 99) ต่อมาเพื่อให้เป็นประโยชน์แก่การค้นหาคำความจริงในคดี กระบวนการใช้อำนาจรัฐในการยึดไปรษณีย์ภัณฑ์ของผู้ถูกกล่าวหานี้ ก็เป็น

พื้นฐานของความคิดในการแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในเรื่องการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์โดยรัฐ โดยอนุญาตให้ศาลสามารถชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานระหว่างผลประโยชน์ของจำเลยในคดีด้านสิทธิและเสรีภาพ กับผลประโยชน์ของรัฐในด้านการควบคุมอาชญากรรม และเป็นกรณีที่ศาลใช้ดุลพินิจแล้วเห็นว่า เป็นความผิดที่ร้ายแรงหรือกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือความมั่นคงแห่งรัฐ ผลประโยชน์ของรัฐย่อมอยู่เหนือสิทธิและเสรีภาพของประชาชน⁸¹ ดังนั้นในปัจจุบันจึงมีทั้งการวางหลักเกณฑ์เรื่องอำนาจในการเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟังทางโทรศัพท์และอำนาจในการยึดไปรษณีย์ภัณฑ์ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมันด้วย

สำหรับประเทศไทยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็ได้วางหลักเกณฑ์เรื่องการยึดจดหมาย พัสดุไปรษณีย์หรือโทรเลข คล้ายกับสหพันธรัฐเยอรมัน เพียงแต่ประเทศเยอรมันบัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลและให้เจ้าพนักงานอัยการมีอำนาจดังกล่าวนี้ในกรณีฉุกเฉินด้วย ส่วนประเทศไทยเป็นหน้าที่ของพนักงานสอบสวนที่ต้องการพิจารณา ตรวจสอบเพื่อประโยชน์แห่งการสอบสวน ตามมาตรา 105 ที่วางหลักไว้ว่า จดหมาย ไปรษณีย์บัตร โทรเลข สิ่งพิมพ์ หรือเอกสารอื่นซึ่งส่งทางไปรษณีย์และโทรเลข จากหรือถึง ผู้ต้องหาหรือจำเลย และยังมีได้ส่ง ถ้าเจ้าหน้าที่ต้องการเพื่อประโยชน์แห่งการสอบสวน ได้สวนมูลฟ้อง พิจารณา หรือการกระทำอย่างอื่นตามประมวลกฎหมายนี้ ให้ขอคำสั่งจากศาลถึงเจ้าหน้าที่ไปรษณีย์บัตร โทรเลขให้ส่งเอกสารนั้นมา แต่จะไม่หมายความรวมถึงเอกสารโต้ตอบระหว่างผู้ต้องหาหรือจำเลยกับทนายความของผู้นั้น

ความแตกต่างของพัฒนาการทางกฎหมายคือ สหพันธรัฐเยอรมันมองว่ากระบวนการใช้อำนาจรัฐในการยึดไปรษณีย์ภัณฑ์ของผู้ถูกกล่าวหาเป็นพื้นฐานทางความคิดในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในเรื่องการเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟังเสียงสนทนาทางโทรศัพท์โดยรัฐเพื่อเป็นการเสริมศักยภาพหลักการค้นหาความจริง และเป็นประโยชน์มากขึ้นในการค้นหาผู้กระทำความผิดเพื่อนำบุคคลดังกล่าวมาลงโทษ แต่ประเทศไทยไม่ได้คิดเช่นนั้น เพราะมองว่าเป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลมากเกินไปหากจะนำวิธีการเข้าถึงข้อมูลมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การวางหลักเกณฑ์ของกฎหมายดังกล่าวจึงอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติทั่วไป ซึ่งกรณีก็คงจะไม่สมประโยชน์เท่าใดนักเนื่องจากหากต้องการจะใช้มาตรการดังกล่าวจะต้องอยู่ในขอบเขตอำนาจของพระราชบัญญัตินั้นก่อนเสมอ ทั้งที่ลักษณะของฐานความผิดสมควรอย่างยิ่งที่จะใช้วิธีการเข้าถึงข้อมูลเพื่อค้นหาพยานหลักฐาน

⁸¹ จิรนิติ หะวานนท์. (2527, พฤษภาคม - มิถุนายน). “หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ : เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอเมริกาและกฎหมายเยอรมัน.” *ตุลพาห*, 31, 3. หน้า 34 – 52.

อย่างไรก็ตามเพื่อเป็นฐานทางความคิดจึงขอกล่าวถึงการยึดไปรษณียภัณฑ์ของผู้ถูกกล่าวหา ประกอบกับหลักเกณฑ์การเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟังทางโทรศัพท์ของเยอรมันควบคู่กันไปด้วย

1) เหตุในการเข้าถึงข้อมูล (การยึดไปรษณียภัณฑ์ของผู้ถูกกล่าวหาตาม มาตรา 100)

1.1) ผู้มีอำนาจในการยึดเป็นอำนาจของศาล แต่ในกรณีฉุกเฉินจำเป็นพนักงานอัยการก็มีอำนาจในการยึดไปรษณียภัณฑ์ของผู้ถูกกล่าวหาได้⁸²

1.2) การยึดไปรษณียภัณฑ์ของพนักงานอัยการจะต้องนำมาให้ศาลสั่งเห็นชอบภายในเวลา 3 วัน นับแต่วันที่ทำการยึดนั้น มิฉะนั้นการยึดดังกล่าวย่อมเป็นอันสิ้นผลบังคับ

1.3) อำนาจในการเปิดไปรษณียภัณฑ์ดังกล่าวเป็นอำนาจของศาล ศาลอาจมอบหมายอำนาจนี้ไปให้พนักงานอัยการเพื่อมิให้การพิสูจน์ความจริง หรือข้อเท็จจริงในคดีล่าช้า การมอบหมายอำนาจดังกล่าวย่อมเป็นที่สุดไม่อาจโต้แย้งคัดค้านได้ แต่ศาลอาจยกเลิกได้ทุกเมื่อ ในกรณีที่ไม่มีกรมมอบอำนาจเช่นนั้น พนักงานอัยการจะต้องรีบจัดส่งไปรษณียภัณฑ์ที่ยึดมาขึ้นในสภาพที่ยังไม่เปิดออกดูให้แก่ศาลโดยไม่ชักช้า

1.4) ศาลที่มีเขตอำนาจคือศาลแขวง (Amtsgericht) ที่สำนักงานอัยการที่ยึดไปรษณียภัณฑ์นั้นตั้งอยู่ (ตามมาตรา 98) โดยพนักงานอัยการเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยเกี่ยวกับการยึดไปรษณียภัณฑ์ ส่วนศาลที่มีอำนาจในการเปิดไปรษณียภัณฑ์ที่ยึดมานั้นคือ ศาลที่มีคำสั่งให้ยึด หรือเห็นชอบกับการยึดไปรษณียภัณฑ์นั้น⁸³

2) ความผิดทางอาญาที่อาจถูกเข้าถึงข้อมูล ขึ้นตอนและกระบวนการใช้อำนาจ

สำหรับอำนาจในการดักฟังเสียงสนทนาทางโทรศัพท์นั้น ขึ้นตอนและกระบวนการใช้อำนาจเป็นบทบัญญัติที่เพิ่มเติมอีก 2 มาตรา โดยบัญญัติแทรกต่อจากอำนาจการยึดไปรษณียภัณฑ์ของผู้ถูกกล่าวหา อาจสรุปหลักเกณฑ์โดยได้ดังนี้

2.1) เจตนารมณ์ของการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการตรวจตรา ดูแลและทำการบันทึกการติดต่อสื่อสารก็เพื่อที่จะแสวงหาพยานหลักฐานอันชอบด้วยกฎหมายมาใช้ดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดอาญาที่ร้ายแรงได้ ในส่วนนี้คล้ายกับความประสงค์ของประเทศไทยในการพยายามวางหลักกฎหมายเรื่องการเข้าถึงข้อมูลไว้ที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

2.2) มูลเหตุของการใช้อำนาจรัฐในการตรวจตราดูแลและทำการบันทึกการติดต่อสื่อสารทางไกลด้วยเครื่องบันทึกเสียง จะกระทำได้อต่อเมื่อมีเหตุผลอันควรสงสัยว่าบุคคลใดเป็นผู้กระทำความผิดหรือเป็นผู้ร่วมในการกระทำความผิดต่างๆ ดังนี้ (มาตรา 100a)

⁸² สุชาติ ตระกูลเกษมสุข. เล่มเดิม. หน้า 109.

⁸³ สุชาติ ตระกูลเกษมสุข. เล่มเดิม. หน้า 118.

กลุ่มที่ 1

ความผิดอาญาเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อความมั่นคงของรัฐและเป็นอันตรายต่อนิติรัฐ ประชาธิปไตย หรือเป็นปฏิปักษ์ต่อความมั่นคงของมลรัฐ และเป็นอันตรายต่อความมั่นคงระหว่างประเทศ (มาตรา 80-82, 84-86, 87-89, 94-100 StGB และมาตรา 20 วรรค 1 ข้อ 1 ถึง 4 แห่งกฎหมายว่าด้วยการรวมมลรัฐ (Vereinggesetz)

- การกระทำความผิดอาญาต่อการป้องกันมลรัฐ (มาตรา 109d-109h StGB)
- การกระทำความผิดอาญา ต่อระเบียบมหาชน (oeffentliche Ordnung) (มาตรา 129-130 StGB, มาตรา 47 วรรค 1 ข้อ 7 กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง (Auslaen-dergesetz))
- การหลบหนีการเกณฑ์ทหาร การสนับสนุนช่วยเหลือผู้หลบหนี หรือสนับสนุนการไม่จงรักภักดีต่อประเทศ (มาตรา 16, 19 และมาตรา 1 วรรค 3 ตามประมวลกฎหมายอาญาทหาร (Wehrstrafgesetz)

การกระทำความผิดอาญาต่อความมั่นคงของกองทัพตามสนธิสัญญาที่ได้หรือกองทัพบกที่อยู่ในกรุงเบอร์ลินของมหาอำนาจทั้งสามที่อยู่ในประเทศเยอรมนี (มาตรา 89, 94-97, 98-100, 109d StGB, มาตรา 16, 19 กฎหมายอาญาทหารและมาตรา 7 กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา)

กลุ่มที่ 2

- ความผิดฐานปลอมแปลงเงินตราและธนบัตร (มาตรา 146, 151, 152 StGB)
- ความผิดฐานก้ำมนุษย์ (มาตรา 181 ข้อ 1 StGB)
- ความผิดต่อเสรีภาพส่วนบุคคล (มาตรา 234 , 234a) 239a, 239b StGB)
- ความผิดฐานปล้นทรัพย์และกรรโชก (มาตรา 249-251, 253, 255 StGB)
- ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน
- ความผิดฐานฆาตกรรมทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย
- ความผิดฐานฆาตกรรมล้างเผ่าพันธุ์ (Mord, Totschlang, Voelkermord)

กลุ่มที่ 3

- ความผิดอาญาตามกฎหมายอาวุธ (Waffengesetz) มาตรา 52a วรรค 1 ถึง วรรค 3 มาตรา 53 วรรค 1 ข้อ 1, 2
- ความผิดอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาวุธสงคราม (Gesetz uber dir Kontroller von Kriegswaffen)

กลุ่มที่ 4

- ความผิดอาญาตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ (Detaeubungsmittelgesetz) มาตรา 29 วรรคสองข้อ 1,4 หรือมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ข้อ 1,2

- การกระทำที่เป็นปกติธุรกิจการค้าหรือเป็นสมาชิกของกลุ่มผู้กระทำความผิดอาญาเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ข้อ 4

- หรือการพยายามกระทำความผิดอาญาเหล่านั้นต้องรับโทษทางอาญาด้วย

- หรือการเตรียมการโดยผ่านการกระทำความผิดอย่างหนึ่งและการค้าหาซื้อเท็จจริงหรือการตรวจสอบถึงที่อยู่ ที่ซ่อนหลบตัวของผู้ต้องหา

กรณีได้กระทำโดยวิธีการอื่นแล้วแต่ไม่ประสบผลหรือเป็นไปไม่ได้โดยยากยิ่ง การกำหนดให้มีการเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟังจะกระทำได้ก็แต่เฉพาะผู้ต้องหา หรือมีเหตุผลอันน่าเชื่อว่าเป็นผู้ส่งข่าวให้ผู้ต้องหา หรือบุคคลซึ่งผู้ต้องหาได้ใช้โทรศัพท์ของเขา

2.3) การใช้อำนาจกำหนดให้มีการตรวจตราการดักฟังการสื่อสารทางไกลต่างๆ การดักฟังและการบันทึกเสียงด้วยเครื่องบันทึกเสียงจะกระทำได้ก็แต่โดยคำสั่งศาลอนุญาตให้กระทำเช่นนั้นได้ ในกรณีฉุกเฉินมีความจำเป็นอย่างเร่งด่วน พนักงานอัยการก็อาจกำหนดให้มีการดักฟังและบันทึกเสียงได้ แต่การใช้อำนาจดังกล่าวของพนักงานอัยการจะสิ้นสุดบังคับเมื่อระยะเวลาได้ผ่านพ้นไป 3 วัน โดยไม่ได้รับความเห็นชอบยืนยันจากศาล (มาตรา 100f (1) StPO)

2.4) คำสั่งอนุญาตจะต้องทำเป็นหนังสือโดยระบุชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่จะถูกกระทำดักฟัง และจะต้องระบุประเภท ขอบเขต และระยะเวลาของมาตรการที่จะใช้ด้วย ระยะเวลายาวนานที่สุดจะต้องไม่เกิน 3 เดือน การขยายระยะเวลาดังกล่าวกระทำได้อีกจะต้องไม่เกิน 3 เดือน ในกรณีที่มีเหตุดังระบุไว้ในข้อ 2.3 (มาตรา 100 a StPO)

2.5) ในกรณีที่ศาลหรือพนักงานอัยการได้กำหนดให้การไปรษณีย์สหพันธ์รัฐ (Die Deutsche Bundespost) มีหน้าที่ในการดักฟัง การไปรษณีย์สหพันธ์รัฐจะอยู่ในฐานะผู้ช่วยเจ้าพนักงาน (Hilfsbeamten) ตามมาตรา 152 แห่งธรรมนูญศาลเยอรมัน (Gerichtsverfassungsgesetz) และมีหน้าที่ในการถอดรหัสการติดต่อสื่อสารทางไกลด้วย (มาตรา 100b (3) StPO)

2.6) ในกรณีที่เหตุต่างๆ เช่น มีความจำเป็นอย่างเร่งด่วน ตามมาตรา 100a StPO ไม่มีอยู่อีกแล้ว มาตรการต่างๆ ที่ใช้อยู่โดยอาศัยคำสั่งนั้นย่อมตกลงไป การเลิกใช้มาตรการต่างๆ ดังกล่าวนี้จะต้องแจ้งให้ศาลและการไปรษณีย์สหพันธ์รัฐทราบ

2.7) ถ้าเอกสารต่างๆ ที่ได้มาจากการใช้มาตรการต่างๆ ในการติดตามการกระทำ ความผิดอาญานั้นไม่มีความจำเป็นจะต้องใช้อีกแล้ว ให้ทำลายเสียภายใต้การดูแลของพนักงาน อัยการและ การทำลายเอกสารดังกล่าวจะต้องลงนามไว้เป็นหลักฐานด้วย

3) การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูลการสนทนาทางโทรศัพท์

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสหพันธรัฐเยอรมัน (Strafprozessordnung) จะบัญญัติเรื่องการเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟัง ขึ้นตอน และกระบวนการใช้อำนาจโดยเป็น บทบัญญัติเพิ่มเติมอีก 2 มาตรา ต่อจากอำนาจการยึดไปรษณีย์ภัณฑ์ของผู้ถูกกล่าวหาแต่กรณีก็ ไม่ได้บัญญัติเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ แม้ว่า กฎหมายจะมีได้บัญญัติในเรื่องดังกล่าวได้ แต่ศาลก็จะไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการ สนทนาทางโทรศัพท์ในกรณีดังต่อไปนี้

3.1) การกระทำที่เป็นละเมิดต่อรัฐธรรมนูญ ได้แก่ การกระทำที่ละเมิดต่อหลัก ความสมควรแก่เหตุ (Verhältnismässigkeit) ซึ่งเป็นหลักหนึ่งของหลักนิติรัฐที่มีบทบาทมากใน กฎหมายมหาชนของเยอรมัน และมีภาคบังคับในระดับกฎหมายรัฐธรรมนูญ หลักนิติรัฐนี้เรียกร้อง ว่า วิธีการหรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองจะใช้ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์นั้นจะต้องเหมาะสมจำเป็น อีกทั้งมาตรการที่จะใช้ต้องได้สัดส่วนกับเป้าหมายที่จะได้รับ กฎหมายการเข้าถึงข้อมูลโดยการดัก ฟังเสียงสนทนาทางโทรศัพท์ยอมรับหลักความสมควรแก่เหตุ ดังนั้นหากเจ้าหน้าที่ละเมิด บทบัญญัติในกฎหมายย่อมเป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ยังมีหลักการตามรัฐธรรมนูญอีกหลักการหนึ่งคือ หลักสิทธิเสรีภาพ ส่วนบุคคล ที่ประชาชนมีเสรีภาพในการพัฒนาตนเอง หลักนี้ใช้เป็นหลักในการป้องกันการ บันทึกเสียงการสนทนาที่ผิดต่อกฎหมาย อนึ่งทั้งหลักนิติรัฐและหลักสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล เป็น หลักการที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยด้วย

3.2) บทสนทนาที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้น ได้แก่ บทสนทนาระหว่างทนายความกับ ตัวความ

3.3) บทสนทนานั้นทำให้ได้หลักฐานอื่น โดยไม่คาดคิด ซึ่งหมายถึงได้หลักฐานใน คติประเภทนอกเหนือจากที่ระบุไว้ในคำสั่งศาล⁸⁴ เว้นแต่หลักฐานใหม่ที่ได้มาอยู่ในความผิดฐานอื่น แล้วความผิดนั้นอยู่ในกลุ่มความผิดที่ขออนุญาตดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ได้

3.4) การค้นพบพยานหลักฐานใหม่ซึ่งเป็นผลจากการดักฟังการสนทนาทางโทร ศัพท์ ถ้าพยานหลักฐานใหม่ที่ได้มานั้นได้มาไม่ถูกต้องขัดต่อหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ก็รับฟังเป็น พยานหลักฐานไม่ได้

⁸⁴ ธีสุทธี พันธุ์ฤทธิ. (2549). นิติศาสตร์ทวนกระแส. หน้า 121.

3.2.2 การดำเนินคดีตามกฎหมายอื่น

สหพันธ์รัฐเยอรมัน ได้ตรากฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในเรื่องความลับในการสื่อสารทางจดหมาย ไปรษณีย์ และการสื่อสารทางไกล ที่เรียกว่า Gesetz zu Beschränkung des Briefs, -Post-und Fernmeldegeheimnisses vom 13 August 1968 Aenderung 27.5 .1992 หรือหลักเกณฑ์ทางกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธ์ มาตรา 10 Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz (G 10) นั่นเอง ส่วนในการดำเนินคดีอาญานักงานสอบสวนก็อาจใช้มาตรการเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟังทางโทรศัพท์ที่ผู้ต้องหาหรือผู้ต้องสงสัยติดต่อกับผู้อื่นได้ โดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่เรียกว่า Strafprozessordnung⁸⁵

อย่างไรก็ตาม การเข้าถึงข้อมูลสนทนาตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 10 ได้มีเจตนารมณ์คล้ายกับการใช้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพในเรื่องความลับในการสื่อสารทางจดหมาย ไปรษณีย์ และการสื่อสารทางไกล กล่าวคือการทำให้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพในเรื่องความลับของการสื่อสารทางจดหมาย ไปรษณีย์ และการสื่อสารทางไกล ซึ่งรวมถึงการเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟังเสียงสนทนาทางโทรศัพท์ด้วย ต้องมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันอันตรายที่จะกระทบกระเทือนต่อระเบียบพื้นฐานในการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย⁸⁶ (Freiheitliche demokratische Grundordnung) หรือความดำรงอยู่หรือความมั่นคงของสหพันธ์รัฐหรือมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง รวมทั้งความมั่นคงของกองกำลังทางทหารที่ตั้งอยู่ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ตามสนธิสัญญาแอตแลนติกเหนือ (NATO) หรือกองกำลังทหารที่ตั้งอยู่ในมลรัฐเบอร์ลินของมหาอำนาจทั้งสาม

ดังนั้นเจ้าพนักงานของรัฐที่มีอำนาจเกี่ยวกับการพิทักษ์รัฐธรรมนูญของเยอรมัน และมลรัฐต่างๆ สำนักงานป้องกันประเทศทางทหาร (des Amt fuer den militärischen Abschirmdienst) และสำนักงานข่าวกรองแห่งสหพันธ์รัฐ (der Bundesnachrichtendienst) มีอำนาจที่จะทำการเปิดตรวจดูจดหมาย ไปรษณีย์ภัณฑ์ หรือการแจ้งข่าวสารทางไกลที่ปิดผนึกนั้นได้ รวมทั้งการตรวจตราถึงการสื่อสารต่างๆ และทำการบันทึกไว้เป็นหลักฐาน (มาตรา 1 (1)G10)

ซึ่งกรณีก็คงเป็นเช่นเดียวกับประเทศไทย ที่มีเจตนารมณ์ในเรื่องการวางหลักเกณฑ์การเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟังเสียงสนทนาทางโทรศัพท์ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมถึงอันตรายที่จะกระทบกระเทือนต่อการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย

⁸⁵ สุชาติ ตระกูลเกษมสุข. เล่มเดิม. หน้า 99.

⁸⁶ สุชาติ ตระกูลเกษมสุข. เล่มเดิม. หน้า 109.

1) เงื่อนไขของการใช้อำนาจการเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟัง

กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธ์ G 10 ยังกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขด้วยว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยอาศัยเหตุตามที่กล่าวมาแล้วนั้น จะกระทำได้ เฉพาะในกรณีที่มีการค้นหาข้อเท็จจริงโดยวิธีการอื่นไม่อาจกระทำได้หรือเป็นไปได้โดยยากยิ่ง และจะกระทำได้เฉพาะต่อบุคคลผู้ต้องสงสัยหรือบุคคลซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า มีการติดต่อกับผู้ต้องสงสัยหรือให้ข่าวสารต่างๆ กับผู้ต้องสงสัย หรือที่ผู้ต้องสงสัยใช้เครื่องมือสื่อสารของบุคคลนั้น

อย่างไรก็ตามจะใช้เงื่อนไขนั้นกับไปรษณีย์ภัณฑ์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (Abgeordnetenpost) ของรัฐสภาสหพันธ์รัฐหรือรัฐสภามลรัฐต่างๆ นั้นไม่ได้ เว้นแต่คณะกรรมการจะพิสูจน์แน่ชัดว่า ไปรษณีย์ภัณฑ์ดังกล่าวนี้มีได้มาจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้นั้น เว้นแต่ในกรณีฉุกเฉินรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์รัฐผู้มีอำนาจหน้าที่ที่อาจกำหนดให้ใช้มาตรการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารนี้ได้ก่อนจะแจ้งเรื่องต่อคณะกรรมการ (มาตรา 2 (2) G 10) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรวบรวมข่าวต่างๆ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอันตรายต่าง ๆ ที่มีการติดต่ออาชญากรรมในทางโจรมติ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเพื่อให้ทันต่อเวลาและเพื่อเตรียมตัวเผชิญต่อภัยอันตรายดังกล่าว (มาตรา 3 (1) G10)

ข้อมูลและเอกสารที่ได้จากการใช้มาตรการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารนี้จะใช้เป็นผลเสียแก่บุคคลอื่นหรือบุคคลที่มีชื่อผู้ต้องสงสัยว่าเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 2 ไม่ได้หรือมีข้อเท็จจริงที่ทำให้มีข้อสงสัยว่ากำลังวางแผนกระทำความผิด หรือได้กระทำความผิดตามมาตรา 2 แห่งกฎหมายนี้ ตามมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 34,35 แห่งกฎหมายว่าด้วยเศรษฐกิจระหว่างประเทศ (Aussenwirtschaftsgesetz) หรือมาตรา 19-21,22a วรรคหนึ่ง ข้อ 4,5,7 แห่งกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาวุธสงคราม (des Gesets ueber die Kontrolle von Kriegswaffen) (มาตรา 3 (2) G10)

มีข้อสังเกตเกี่ยวกับ “บุคคลผู้ต้องสงสัย” มีความหมายเพียงใด กฎหมาย G10 ใช้ในแง่ของความสงสัยมากกว่าการกล่าวหา ดังนั้น บุคคลที่ใกล้ชิดแม้จะไม่ได้ถูกกล่าวหาว่ามีส่วนร่วมกระทำความผิดก็อาจถูกเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟังเสียงสนทนาทางโทรศัพท์ได้

ส่วนการเข้าถึงข้อมูลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยตรงนั้น ไม่มีบัญญัติไว้ ทำให้การพิจารณาเรื่องเหตุอันควรสงสัยตามสมควรในการเข้าถึงข้อมูล จึงเป็นไปในรูปของความชอบด้วยกฎหมายของการค้นหาพยานหลักฐาน⁸⁷ ดังนั้นหากกล่าวในกรณีของการเข้าถึง

⁸⁷ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2541, มกราคม – เมษายน). “ขั้นตอนการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน.” *ดุลพินิจ*, 55, 1. หน้า 189 – 196.

ข้อมูลย่อมจะกระทำในรูปแบบใดก็ได้หากมีเหตุอันควรสงสัยตามสมควร เช่น ความมั่นคงของประเทศ หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น

ส่วนการเข้าถึงข้อมูลตามพระราชบัญญัตินี้ หากเพื่อประโยชน์ในค้นหาการกระทำ ความผิดที่เป็นคดีพิเศษ และมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะมีการกระทำความผิดหรือจะมีการกระทำความผิดนั้น พนักงานสอบสวนคดีพิเศษย่อมมีอำนาจที่จะทำการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้ แต่กรณีจะต้องได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดจากการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารนั้นๆ และไม่อาจใช้วิธีการอื่นใดที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพมากกว่าได้

2) ความผิดทางอาญาที่ทำการเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟัง (เสียงสนทนาทางโทรศัพท์)

การดักฟังเสียงสนทนาทางโทรศัพท์ ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารนั้น จะกระทำได้อย่างได้เงื่อนไขว่า มีข้อเท็จจริงอันเป็นที่น่าสงสัยว่ามีผู้ใดวางแผนจะกระทำความผิดหรือกระทำความผิดหรือได้กระทำความผิดตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธ์⁸⁸ (มาตรา 2 (1) G 10) ดังต่อไปนี้

2.1) ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ฐานเป็นศัตรูของประเทศหรือความสงบเรียบร้อยของประเทศ ตาม มาตรา 80,80a,81,83,84

2.2) ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ฐานกระทำการเป็นอันตรายต่อนิธิรัฐและประชาธิปไตยตามมาตรา 84,85,86,87,88,89 และหลักกฎหมายว่าด้วยการรวมประเทศ (Vereinigungsgesetz) มาตรา 20 วรรคหนึ่ง ข้อ 1,2,3,4

2.3) ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ฐานกระทำการเป็นศัตรูต่อมลรัฐและฐานกระทำการอันเป็นการกระทบกระเทือนความมั่นคงภายนอกของประเทศ ตามมาตรา 94,95,96,97a, 97b,98,99,100,100a

2.4) ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ฐานผิดต่อการป้องกันมลรัฐ (gegen die Landesverteidigung) ตามมาตรา 109e, 109f, และ 109g

2.5) ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ฐานติดต่อกับความมั่นคงของกองกำลังทหารที่ตั้งอยู่ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีตามสนธิสัญญาแอคแลนติกเหนือหรือกองกำลังทหารที่ตั้งอยู่ในรัฐเบอร์ลินของมหาอำนาจทั้งสาม ตามมาตรา 87,89,94,95,96,98,99,100 ,109e,109f,109g ประกอบกับมาตรา 7 แห่งกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 4

2.6) ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ฐานก่อตั้งกลุ่มก่อการร้าย (Bildung terroristischer vereinigungen) ตามมาตรา 129a

⁸⁸ วันชัย รุจนวงศ์ และ คณะ. (2548). การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ(ระยะที่2) : เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ. หน้า 145.

2.7) ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ตามมาตรา 92 ว.1 ข้อ 8 ตามกฎหมายว่าด้วยคนต่างด้าว (Auslaendergesetz)

3) องค์กรที่มีอำนาจอนุญาตให้เข้าถึงข้อมูล (ในส่วนของ การออกประกาศเกี่ยวกับการกำหนดระเบียบของการตรวจตราและการบันทึกข้อมูลการติดต่อสื่อสาร)

กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ให้การไปรษณีย์ของเยอรมัน (Die Deutsche Bundespost) มีอำนาจที่จะออกประกาศเกี่ยวกับการกำหนดระเบียบการแจ้งข่าวสารในการไปรษณีย์ และการส่งไปรษณีย์ภัณฑ์ต่างๆ นอกจากนี้การไปรษณีย์ของเยอรมันและหน่วยงานอื่นๆ ที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับกิจกรรมการสื่อสารมีอำนาจที่จะออกประกาศเกี่ยวกับการกำหนดระเบียบและการแจ้งข่าวสารในการไปรษณีย์ การส่งไปรษณีย์ภัณฑ์ต่างๆ และการตรวจตราตลอดจนการบันทึกข้อมูลการติดต่อสื่อสาร โดยจะต้องตรวจสอบตามระเบียบที่ออก ตามความในกฎหมายว่าด้วยการทำงานร่วมกันระหว่างสหพันธ์รัฐและมลรัฐในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญของหลักเกณฑ์ในการเปิดสิ่งของต่างๆ ที่ปิดผนึก และระดับความลับต่างๆ (มาตรา 1 (2) G 10)

สำหรับประเทศไทยนั้นก็มีกฎหมายที่เกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพทางการสื่อสาร ซึ่งหากเปรียบเทียบกับ การไปรษณีย์ของเยอรมัน ก็คือความในพระราชบัญญัติไปรษณีย์ พ.ศ.2477 โดยมาตรา 25 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ไปรษณีย์ภัณฑ์ใดที่ส่งทางไปรษณีย์แล้วเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ ผู้ว่าการการสื่อสารแห่งประเทศไทยอาจมีคำสั่งตามสมควรแก่กรณี คือ 1) ให้กักไว้หรือส่งต่อไป หรือส่งกลับไปยังผู้ฝาก หรือให้จำหน่ายเป็นอย่างอื่น 2) ให้เปิดตรวจหรือทำลาย หรือทำลายทั้งหมดถ้าจำเป็น และเมื่อทำลายแล้วให้แจ้งไปยังผู้ฝากทราบ 3) ให้ส่งตรงไปยังพนักงานเจ้าหน้าที่เมื่อมีเหตุสงสัย ว่าเป็นความผิดอาญา เพื่อจัดการฟ้องร้อง

4) กระบวนการในการขออนุมัติในการใช้มาตรการเข้าถึงข้อมูล (เสรีภาพในการสื่อสาร)

4.1) จะกำหนดให้ใช้มาตรการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารได้ เมื่อมีการยื่นคำร้องขอเท่านั้น การยื่นคำร้องขอจะต้องอยู่ในขอบเขตของกิจการงานในหน้าที่ของหน่วยงานที่ยื่นคำร้องขอ ซึ่งการร้องขอตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในมาตรา 2 G 10 ผู้ยื่นคำร้องขอ ได้แก่

4.1.1) สำนักงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ (das Bundesamt fuer Verfassungsschutz) จะต้องยื่นคำร้องขอโดยประธานของสำนักงานหรือผู้กระทำการแทน

4.1.2) เจ้าพนักงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐ (die Verfassungsschutzbehoerden der Laender) จะต้องยื่นคำร้องขอโดยหัวหน้าส่วนราชการหรือผู้กระทำการแทน

4.1.3) การกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อกองกำลังทหารแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundeswehr) สำนักงานเกี่ยวกับการป้องกันตนเองทางทหาร โดยจะต้องยื่นคำร้องขอโดยหัวหน้าส่วนราชการหรือผู้กระทำการแทน

4.1.4) การกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสำนักงานข่าวกรองแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesnachrichtendienst) จะต้องยื่นคำร้องขอโดยหัวหน้าสำนักงานข่าวกรองแห่งสหพันธ์รัฐหรือผู้กระทำการแทน

ในกรณีร้องขอตามเหตุในมาตรา 3 (1) G 10 ผู้ยื่นคำร้องขอ ได้แก่ สำนักงานข่าวกรองแห่งสหพันธ์รัฐ จะต้องยื่นคำร้องขอโดยหัวหน้าสำนักงานหรือผู้กระทำการแทน

4.2) คำร้องขอจะต้องระบุประเภท ขอบเขต และระยะเวลาของการขอใช้มาตรการในการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าว โดยจะต้องร้องขออย่างเป็นลายลักษณ์อักษร และจะต้องให้เหตุผลด้วย ผู้ยื่นคำร้องต้องแสดงให้เห็นว่าค้นหาข้อเท็จจริงโดยวิธีการอื่นไม่อาจจะกระทำได้หรือเป็นไปได้ไปอย่างยากลำบาก (มาตรา 4 G 10)

4.3) ผู้มีอำนาจในการอนุมัติ ในกรณีที่คำร้องยื่นโดยเจ้าพนักงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐ ผู้มีอำนาจในการอนุมัติและวางข้อกำหนดคกฏเกณฑ์ในการปฏิบัติคือเจ้าพนักงานมลรัฐในระดับสูงสุดที่ได้รับมอบหมาย⁸⁹ (die zuständige oberste Landesbehörde) ในกรณีที่เป็นการร้องขอของเจ้าพนักงานระดับสหพันธ์รัฐ ผู้มีอำนาจในการอนุมัติดังกล่าว คือ รัฐมนตรีสหพันธ์รัฐ

ผู้ได้รับมอบหมายอำนาจในการอนุมัติ การใช้มาตรการในการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารของประชาชนจะต้องแจ้งการอนุมัติดังกล่าวให้คณะกรรมการสิทธิการ (Gremiums) ทราบเป็นระยะๆ ไม่เกิน 6 เดือนต่อครั้ง คณะกรรมการดังกล่าวประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งสภาแห่งสหพันธ์รัฐแต่งตั้ง จำนวน 5 คน ให้รับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้

นอกจากนี้ รัฐมนตรีสหพันธ์รัฐผู้มีอำนาจจะต้องแจ้งให้คณะกรรมการ (Kommission) อีกคณะหนึ่งทุกๆ เดือน เกี่ยวกับการบังคับใช้มาตรการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ในการสื่อสารของประชาชนที่ตนเป็นผู้อนุมัติ ในกรณีฉุกเฉินจำเป็นรีบด่วน รัฐมนตรีสหพันธ์รัฐสามารถใช้มาตรการดังกล่าวได้ก่อนการแจ้งให้คณะกรรมการทราบ

คณะกรรมการนี้เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยด้วยตนเองหรือเมื่อมีคำร้องเกี่ยวกับความจำเป็น และมูลเหตุของการใช้มาตรการจำกัดสิทธิเสรีภาพต่างๆ และการกำหนดคกฏเกณฑ์ต่างๆ โดยคณะกรรมการนี้จะวินิจฉัยว่า “ไม่มีมูลหรือมีความจำเป็นในการกำหนด

⁸⁹ แหล่งเดิม. หน้า 147.

มาตรการเช่นนั้น” ได้ และให้คณะรัฐมนตรีสหพันธรัฐผู้มีอำนาจหน้าที่ดังกล่าว ยกเลิกมาตรการที่ใช้นั้นโดยไม่ชักช้า

ในส่วนข้อมูลและเอกสารต่างๆ ที่รัฐมนตรีสหพันธรัฐได้รับมาจากการใช้นั้น จะต้องแจ้งให้คณะกรรมการทราบทุกเดือนและสำหรับกรณีที่ไม่ปรากฏว่าได้ข้อมูลใด ๆ ก็ต้องแจ้งให้คณะกรรมการทราบอย่างช้าที่สุดภายในระยะเวลา 5 ปี หลังจากการเลิกใช้มาตรการนั้น ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นว่าการแจ้งเรื่องดังกล่าวนี้ได้ปฏิบัติถูกต้องรัฐมนตรีสหพันธรัฐผู้มีอำนาจหน้าที่ที่ชอบที่จะดำเนินการต่อไปได้ อย่างไรก็ตามคณะกรรมการดังกล่าวนี้มีความเป็นอิสระในการทำงาน ไม่อยู่ภายใต้การสั่งการใดๆ และมีอำนาจในการออกระเบียบการทำงานของตน ที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ โดยต้องรับฟังความเห็นจากคณะรัฐมนตรีแห่งสหพันธรัฐก่อน

ในกิจการของมลรัฐนั้น สภาพของมลรัฐจะเป็นองค์กรที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการอนุมัติเรื่อง การใช้มาตรการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในเรื่องการสื่อสารที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานระดับสูงสุดของมลรัฐนั้นๆ ตลอดจนการตรวจสอบมาตรการต่างๆ ที่ออกโดยเจ้าพนักงานระดับสูงสุดของมลรัฐนั้นๆ ด้วย

อนึ่ง การอนุมัติให้ใช้มาตรการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการสื่อสารนี้ และการใช้มาตรการดังกล่าวนี้ ไม่อาจนำคดีขึ้นสู่ศาลได้ (มาตรา 9 G 10)

4.4) หลักเกณฑ์ในการอนุมัติ การอนุมัตินั้นจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยแจ้งให้ผู้ยื่นคำร้องและการไปรษณีย์ของสหพันธรัฐ (Die Deutsche Bundespost) หรือหน่วยงานการสื่อสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นทราบและปฏิบัติ โดยจะต้องแจ้ง ประเภท ขอบเขต และระยะเวลาของมาตรการที่กำหนดนั้น ตลอดจนสถานที่ซึ่งอนุญาตให้มีการเฝ้าติดตามการติดต่อสื่อสารนั้นๆ (มาตร 5 (2) G 10)

มาตรการที่อนุมัติให้ดำเนินการได้นั้น มีกำหนดระยะเวลาานที่สูงสุดไม่เกิน 3 เดือน แต่อาจยื่นคำร้องขออนุมัติได้อีกไม่เกิน 3 เดือน ในกรณีที่เหตุที่มีการยื่นคำร้องนั้นยังคงมีอยู่ (มาตรา 5 (3) G 10)

ให้หน่วยงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแจ้งการอนุมัติในเรื่องการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ให้แก่หน่วยงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญในระดับมลรัฐที่เกี่ยวข้องทราบด้วย⁹⁰ และให้หน่วยงานคุ้มครอง และพิทักษ์รัฐธรรมนูญในระดับมลรัฐแจ้งให้หน่วยงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐทราบถึงการอนุมัติในเรื่องการจำกัด

⁹⁰ กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2541). “รัฐธรรมนูญประเทศสหพันธรัฐสาธารณรัฐเยอรมัน : 4 ประเด็นสำคัญ.” วารสารกฎหมาย, 18, 2. หน้า 158 – 168.

สิทธิเสรีภาพของประชาชนที่หน่วยงานของตนได้รับมอบหมายให้ดำเนินการด้วย (มาตรา 5(4) G10)

มาตรการที่ใช้การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนดังกล่าวนี้จะต้องแจ้งให้กับผู้ถูกใช้มาตรการดังกล่าวนี้กระทบสิทธิโดยตรง เมื่อสภาพความเป็นอันตรายซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นหมดสิ้นลง ถ้ายังไม่อาจวินิจฉัยได้ว่าเหตุความเป็นอันตรายนั้นยังคงมีอยู่หรือไม่ ก็ให้แจ้งทันทีที่วินิจฉัยได้ว่าเหตุแห่งความเป็นอันตรายนั้นหมดสิ้นลงแล้ว แต่ไม่จำเป็นต้องแจ้งถ้าไม่ปรากฏเหตุดังกล่าวภายใน 5 ปี เมื่อผู้ถูกกระทบสิทธิได้รับการแจ้งถึงการใช้มาตรการดังกล่าว ผู้ถูกกระทบมีสิทธิที่จะฟ้องร้องได้ตาม (มาตรา 5 (5) G 10)

การใช้มาตรการเพื่อจะดำเนินคดีตามที่บัญญัติฐานความผิดต่างๆ ไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธ์มาตรา 2 จะต้องระบุให้ได้ว่าจะใช้มาตรการนั้น ตามที่ได้มีการร้องขอ กับบุคคลใดๆ แต่ถ้าเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันอันตรายที่จะกระทบกระเทือนต่อระเบียบพื้นฐานในการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย ตามเจตนารมณ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ซึ่งมุ่งต่อไปรษณีย์ภัณฑ์แล้ว จะกระทำได้อีกเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าไปรษณีย์ภัณฑ์นั้นเกี่ยวกับการอนุมัติโดยตรงหรือมีความสัมพันธ์ถึงบ้าน(มาตรา 6 G 10)

4.5) หน่วยงานที่รับผิดชอบในการใช้มาตรการที่ได้รับการอนุมัติ รวมถึงมาตรการต่างๆที่ได้รับการอนุมัติจะต้องอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของหน่วยงานที่มีสิทธิยื่นคำร้อง และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีคุณสมบัติสำเร็จการศึกษาเป็นนักกฎหมายวิชาชีพแล้ว (มาตรา 7 (1) G 10)

4.6) การระงับการใช้มาตรการที่ได้รับการอนุมัติในกรณีที่เหตุแห่งความสงสัย อันเป็นเงื่อนไขของการออกมาตรการนั้นไม่มีอยู่ หรือมาตรการที่ได้กำหนดไว้หมดความจำเป็นแล้ว จะต้องเลิกใช้มาตรการนั้นโดยทันที⁹¹ การเลิกใช้มาตรการด้วยเหตุดังกล่าวนี้ หน่วยงานที่ยื่นคำร้องจะต้องแจ้งให้การไปรษณีย์แห่งสหพันธรัฐหรือหน่วยงานอื่นที่ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับเครื่องสื่อสารทั้งหลายทราบด้วย (มาตรา 7 (2) G10)

4.7) ข้อจำกัดการใช้ข้อมูลและเอกสารต่างๆ ที่ได้มาจากการใช้มาตรการที่ได้รับจากมาตรการเข้าถึงข้อมูล การอนุมัติข้อมูลและเอกสารต่างๆ ที่ได้มาจากการใช้มาตรการดังกล่าวนี้ไม่อาจนำไปใช้ขยายผลหรือติดตามการกระทำความคิดของบุคคลอื่น นอกเหนือจากบุคคลที่ได้กระทำ การตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 เว้นแต่เป็นบุคคลผู้ให้ข้อเท็จจริงนั่นเองซึ่งมีจุดเชื่อมโยงว่าบุคคลวางแผนให้ผู้หนึ่งผู้ใดกระทำความผิดหรือได้กระทำความผิดฐานดังกล่าว

⁹¹ วันชัย รุจนวงศ์ และ คณะ. เล่มเดิม. หน้า 149.

แต่เจ้าหน้าที่ของสหพันธ์รัฐตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 วรรค 1 ชอบที่จะใช้ข้อมูลและเอกสารต่างๆ ที่ได้มาจากมาตรการที่ได้รับการอนุมัติในการนำไปขยายผลและติดตามการกระทำความผิดตามมาตรา 34 วรรค 1 ถึงวรรค 6 ประกอบกับมาตรา 35 แห่งกฎหมายว่าด้วยเศรษฐกิจระหว่างประเทศ (Ausen-swirtschaftsgesetz) หรือมาตรา 19 วรรค 1 ถึงวรรค 3 มาตรา 20 วรรค 1 และวรรค 2 ประกอบกับมาตรา 21 แล้วแต่กรณีหรือมาตรา 22a วรรคหนึ่ง ข้อ 4,5 และ 7 แห่งกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาวุธสงคราม (Gesetzueber die Knotroie von Kriegswaffen) (มาตรา 7 (3) G 10)

4.8) การทำลายข้อมูลและเอกสารต่างๆที่ได้มาจากการใช้มาตรการที่ได้รับการอนุมัติในกรณีที่ข้อมูลและเอกสารต่างๆที่ได้มาจากการใช้มาตรการเข้าถึงข้อมูลได้รับการอนุมัติเกี่ยวกับการสื่อสารทางไปรษณีย์หรือการสื่อสารทางไกลตามวัตถุประสงค์ที่กล่าวไว้ข้างต้นนี้ ไม่มีความจำเป็นจะต้องใช้ประโยชน์อีกต่อไปจะต้องทำลายข้อมูลและเอกสารต่างๆเหล่านี้ โดยอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีคุณสมบัติสำเร็จการศึกษาเป็นนักกฎหมายวิชาชีพ การทำลายดังกล่าวนี้จะต้องมีการบันทึกและลงนามไว้เป็นหลักฐาน (มาตรา 7 (4) G 10)

4.9) ไปรษณีย์ภัณฑ์ที่ได้ถูกเปิดและตรวจสอบโดยหน่วยงานที่มีอำนาจเสร็จเรียบร้อยแล้วจะต้องรีบดำเนินการส่งให้แก่ผู้รับโดยไม่ชักช้า รวมทั้งโทรเลขที่ถูกตรวจสอบนั้นจะต้องส่งให้แก่ผู้รับโทรเลขโดยเร็วต่อไป ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการยึดไปรษณีย์ภัณฑ์โดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี (มาตรา 8 G 10)

5) โทษทางอาญากรณีมีผู้ฝ่าฝืนและโทษปรับทางปกครอง

5.1) ในกรณีที่การสื่อสารทางไกลตามกฎหมายนี้หรือตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 100a และ 100b ถูกเจ้าพนักงานของรัฐควบคุมตรวจสอบข้อเท็จจริงต่างๆ หรือที่ถูกควบคุมดูแลจากบุคคลซึ่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสาร หรือที่มีเครื่องมือสื่อสารโดยไม่เกี่ยวข้องกับการไปรษณีย์ของสหพันธ์รัฐได้กำหนดให้รับผิดชอบนั้น ห้ามมิให้แจ้งข้อเท็จจริงที่ได้มานั้นให้บุคคลอื่นทราบ ผู้ใดฝ่าฝืนโดยแจ้งข้อเท็จจริงดังกล่าวให้ผู้อื่นทราบต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปีหรือปรับ (มาตรา 10 G 10)

5.2) ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการสื่อสารที่ได้ไม่เกี่ยวข้องกับการไปรษณีย์ของสหพันธ์รัฐกระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังต่อไปนี้ที่เป็นการกระทำความผิดในทางปกครอง (ordnungswidring) ต้องระวางโทษปรับทางปกครอง ไม่เกิน 30,000 มาร์ค (มาตรา 11 G10)

5.2.1) ไม่แจ้งข่าวสารหรือส่งไปรษณีย์ภัณฑ์ให้ หรือไม่ให้ความร่วมมือในการควบคุมดูแลตรวจสอบการสื่อสาร

5.2.2) ไม่ปฏิบัติหรือไม่เตรียมอุปกรณ์ของการดักฟังให้พร้อมในการควบคุม ตรวจสอบในระดับความลับต่างๆ

5.3) เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายนี้จะต้องให้ความสะดวกกับการปฏิบัติงานของการไปรษณีย์ของสหพันธรัฐหรือหน่วยงานที่อื่นที่เกี่ยวข้องกับเครื่องมือสื่อสารทางไกลของการบริการสาธารณะ

3.3 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

การแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานมีความจำเป็นแก่การรักษาความมั่นคงของรัฐ และรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ทั้งยังทำให้ทราบข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการกระทำ ความผิด พิสูจน์ความผิด และการเอาตัวผู้กระทำผิดมาฟ้องลงโทษ และกรณีคงไม่มีความแตกต่างกันเท่าใดนักในอารยประเทศ สำหรับการบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้ในการปราบปรามอาชญากรรม ที่จะต้องมีความสอดคล้องกับสิทธิเสรีภาพของรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่มีการบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้บริสุทธิ์ให้มีผลกระทบน้อยที่สุด และเพื่อให้การปราบปรามอาชญากรรมเป็นไปอย่างได้ผล รัฐธรรมนูญก็อนุญาตให้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ภายใต้ขอบเขตของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ สาธารณรัฐฝรั่งเศสก็เช่นเดียวกัน องค์การและเจ้าหน้าที่ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่มีอำนาจหน้าที่สืบสวนสอบสวนก็มีความจำเป็นที่จะต้องเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารทางโทรคมนาคม เช่น การดักฟังและการบันทึกเสียงสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคล เช่นเดียวกับองค์การและเจ้าหน้าที่ของประเทศอื่นๆที่มีอำนาจหน้าที่ดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม การตรวจตราการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมย่อมมีผลกระทบกระเทือนต่อ “สิทธิในความเป็นส่วนตัว” (right of privacy) โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน (Privacy of posts and telecommunications) อันเป็นสิทธิมนุษยชนที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสยังรับรองและให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนของประเทศฝรั่งเศส” ดังนั้น จึงเกิดปัญหาให้ต้องพิจารณาว่า การกระทำดังกล่าวขององค์การและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่รักษาความมั่นคงของรัฐและรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือที่มีอำนาจหน้าที่สอบสวนคดีอาญานั้น ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากการกระทำเช่นนี้สามารถใช้พิสูจน์ความผิดของจำเลยในคดีอาญาได้หรือไม่เพียงใด

²² กมลชัย รัตนสกาววงศ์ และ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2540). แนวทางในการยกเว้นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้อง. หน้า 78

3.3.1 การดำเนินคดีอาญาทั่วไป

ศาลยุติธรรมแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสเห็นว่า การตรวจตราการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของบุคคลโดยองค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่สอบสวนคดีอาญา ที่ได้ทำลงภายใต้เงื่อนไขบางประการเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายภายใน และในขณะเดียวกันก็ชอบด้วยอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานด้วย ข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากการกระทำดังกล่าวอาจใช้พิสูจน์ความผิดของจำเลยได้ แต่ศาลยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเห็นว่า ระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่เกี่ยวกับการตรวจตราการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมยังไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาดังกล่าว ดังนั้นสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงได้ตรารัฐบัญญัติเลขที่ 91-646 ลงวันที่ 10 กรกฎาคม 1991 ว่าด้วยการคุ้มครองความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมขึ้นใช้บังคับ

สำหรับปัญหาการตรวจตราการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของบุคคลตามกฎหมายภายในนั้นเพื่อความเข้าใจ จึงสมควรพิจารณาสาระสำคัญของรัฐบัญญัติเลขที่ 91-646 ลงวันที่ 10 กรกฎาคม 1991 ซึ่งเป็นสภาพปัญหาเกี่ยวกับการตรวจตราการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของบุคคลในกฎหมายภายในของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสภาพปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950 ว่าด้วยการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวโดยสังเขป

1) ลักษณะของการใช้อำนาจการเข้าถึงข้อมูล

เรื่องเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการตรวจตราการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของบุคคลนั้น ในแง่ของเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นต้นว่า โดยทางจดหมาย โดยทางโทรคมนาคม เช่น ทางโทรศัพท์ ก็เช่นเดียวกับเสรีภาพในเคหสถาน กล่าวคือเป็นแง่มุมหนึ่งของเสรีภาพส่วนบุคคลอันเป็นเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญประเภทหนึ่งของชนชาวฝรั่งเศส⁹³ อนึ่ง ตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 34 การตรากฎหมายให้หลักประกันขั้นพื้นฐานแก่การใช้เสรีภาพของชนชาวฝรั่งเศสอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐสภา ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 368 จึงบัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่น โดยการฟังบันทึกหรือถ่ายถอดด้วยคำที่เขากล่าวในที่รโหฐาน โดยทางเครื่องมือใดๆ โดยปราศจากความยินยอมของเขา ผู้นั้นกระทำความผิด ต้องระวางโทษ... “ ผู้ที่

⁹³ Pierre KAYSER. La protection de la vie privée par le droit : Protection du secret de la vie privée, 3e edition, Paris, Economica. (1995). P. 401-406. (อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2540). แนวทางในการยกเว้นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้อง)

กระทำการอันเข้าองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา ๙๑ นี้จะไม่ต้องรับผิดทางอาญาที่ต่อเมื่อได้กระทำโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย^{๙๔}

ก่อนวันที่ 1 ตุลาคม 1991 อันเป็นเวลาที่ยังไม่มีกฎหมายตราที่ 91-646 ลงวันที่ 10 กรกฎาคม 1991 ว่าด้วยการคุ้มครองความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเริ่มต้นมีผลใช้บังคับ ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายฉบับใดให้อำนาจแก่องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐตรวจตราการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม เช่น ทางโทรศัพท์ได้อย่างชัดเจนเลย คงมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 81 บัญญัติไว้กว้างๆ แต่เพียงว่า “ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายผู้พิพากษาสอบสวน (judge d'instruction) มีอำนาจดำเนินการอย่างใดก็ตามที่จะเห็นสมควร เพื่อทำความจริงให้ปรากฏ” และ มาตรา 951 แห่งประมวลกฎหมายฉบับเดียวกันอนุญาตให้ผู้พิพากษาสอบสวนมอบหมายให้เจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรม (officier de police judiciaire) ดำเนินการใดๆที่จำเป็นแก่การค้นหาความจริงแทนตน กรณีจะแตกต่างกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่ไม่ได้วางหลักเกณฑ์ใดๆเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลหากจะกล่าวก็มีเพียง มาตรา 226 ว่าด้วยเรื่อง การได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งไม่ได้ระบุโดยแจ้งชัดว่าการเข้าถึงข้อมูลสามารถกระทำได้

2) กระบวนการใช้อำนาจในการเข้าถึงข้อมูล

ได้ปรากฏว่าจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมฝรั่งเศสหลายๆ ฉบับ บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาทั้งสองมาตรานี้ ให้อำนาจผู้พิพากษาสอบสวนตรวจตราการติดต่อสื่อสารถึงกันของบุคคลทางโทรศัพท์ หรือมอบหมายให้เจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรมกระทำการเช่นว่านั้นแทนตน เพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิด และเอาตัวผู้กระทำความผิดร้องลงโทษ^{๙๕} สำหรับประเทศไทย พนักงานสืบสวนสอบสวนจะไม่สามารถกระทำการเข้าถึงข้อมูลได้เว้นแต่การกระทำดังกล่าวจะอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 แต่ในทางปฏิบัติพนักงานสืบสวนสอบสวนมักจะกระทำการเข้าถึงข้อมูลโดยปราศจากอำนาจของกฎหมาย โดยคาดหวังให้ศาลพิจารณาพยานหลักฐานดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานที่มีความจำเป็นแก่รูปคดีและชอบด้วยกฎหมายสำหรับทางปฏิบัติของประเทศฝรั่งเศสผู้พิพากษาสอบสวนจะมีได้ทำการตรวจตราการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของบุคคลด้วยตนเอง แต่จะมอบหมายให้เจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรมดำเนินการแทนตนโดยระบุให้ทำการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ระหว่างเครื่องโทรศัพท์หมายเลขใดกับหมายเลขใด และเมื่อ

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Cass. Crim. 26 juin 1979 (Pellegrim) ; Cass. Crim. 9 octobre 1980 (Tournet) ; Cass crim 23 avril 1981 (Pellegrim et Hebrard) ; etc. (อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสากววงศ์. (2540). แนวทางการยกเว้นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้อง)

ได้รับมอบหมายแล้วเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรมก็จะออกหมายเกณฑ์ให้ผู้อำนวยความสะดวกสายโทรศัพท์จังหวัดดำเนินการต่อไปอีกทอดหนึ่ง

กรณีจะเป็นประการใดก็ตาม ได้มีการตีความในบทบัญญัติ มาตรา 81 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่า ไม่เปิดช่องให้อำนาจแก่องค์กรและเจ้าพนักงานอื่นๆ ของรัฐ กระทำการเข้าถึงข้อมูลการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรศัพท์ของบุคคลได้เลย⁹⁶ ดังนั้น การที่เจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรม ซึ่งมีอำนาจสอบสวนเบื้องต้น (Enquête préliminaire) และมีอำนาจสอบสวนคดีความผิดซึ่งหน้า (enquête de flagrance) ก็คือ องค์กรและเจ้าพนักงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่รักษาความมั่นคงของรัฐและ/หรือรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็ตีกระทำการดังกล่าว จึงไม่มีการยกเว้นความรับผิดชอบละเมิด “สิทธิในความเป็นส่วนตัว” ของบุคคลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 368 แต่อย่างใด⁹⁷

3) การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูล

ปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายลักษณะพยาน คือ ปัญหาที่ว่าข้อมูลข่าวสารที่ได้จากการตรวจตราการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม เช่น เทปบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์หรือ รายงานการถ่ายเทปบันทึกเสียงดังกล่าว สามารถใช้เป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาหรือจำเลยได้เพียงใด ต่อปัญหานี้ ปรากฏจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมฝรั่งเศสหลายๆ ฉบับว่า ข้อมูลข่าวสารที่ได้จากการตรวจตราการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของบุคคลอาจใช้เป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาหรือจำเลยได้หากการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ดำเนินไปภายใต้เงื่อนไขที่สำคัญ 3 ประการ ดังต่อไปนี้ คือ

ประการแรก การสนทนาทางโทรศัพท์ที่ได้มีการดักฟังและบันทึกเทปไว้โดยผู้อำนวยความสะดวกสายโทรศัพท์จังหวัดนั้น จะต้องมิได้เกิดขึ้นจากการจงใจ ชูเชื้อหรือหลอกลวงของเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรม เช่น เจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรมโทรศัพท์ไปสนทนากับพยานคนหนึ่ง โดยปกปิดฐานะที่แท้จริงของตน และทำให้พยานคนนั้นหลงเชื่อว่าตนกำลังสนทนากับผู้ต้องหาที่แท้จริงหรือขอให้บุคคลคนหนึ่งโทรศัพท์ไปเสนอเงินหรือประโยชน์อย่างอื่นต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ คนนั้นกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในตำแหน่งให้เป็นประโยชน์แก่ตน ข้อมูลข่าวสารที่ได้จากการดักฟัง และการบันทึกเทปการสนทนาทางโทรศัพท์ ในกรณีเช่นนี้ ไม่อาจใช้เป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาหรือจำเลยได้เลย

ประการที่สอง การดักฟังและการบันทึกเทปการสนทนาทางโทรศัพท์ระหว่างผู้ต้องหา กับทนายความ ไม่อาจใช้เป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าว

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ โปรดดู Case. Crime. 24 november 1989 (Baribeau)

นี้เป็นหลักสากลที่ต้องการประกันสิทธิของผู้ต้องหา ในการขอคำปรึกษาจากทนายความที่ตนเองไว้วางใจ โดยปราศจากการแทรกแซงของบุคคลภายนอก

ประการที่สาม ข้อมูลข่าวสารที่ได้จากการดักฟังและการบันทึกเทปการสนทนาทางโทรศัพท์ที่ใช้พิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาในคดีที่เป็นมูลเหตุให้เกิดการดักฟังและการบันทึกเทปการสนทนาทางโทรศัพท์ที่นั่นเท่านั้น ไม่อาจใช้ปรักปรำผู้อื่นในคดีอื่นได้

อย่างไรก็ตาม ผู้ต้องหาหรือจำเลยก็อาจห้กอ้างความน่าเชื่อถือของข้อมูลข่าวสารที่ได้จากการดักฟังและการบันทึกเทปการสนทนาทางโทรศัพท์ได้เช่นเดียวกัน เช่น ได้แย้งว่าเสียงในเทปนั้นมิใช่เสียงของตน หรือเสียงของพยานแต่เป็นเสียงของผู้อื่นที่เลียนเสียงของตนหรือของพยาน เป็นต้น ในกรณีเช่นนี้ ผู้พิพากษาสอบสวนหรือผู้พิพากษาที่ทำการพิจารณาพิพากษาคดีก็ควรหมายเรียกพยานผู้เชี่ยวชาญให้มาพิสูจน์กัน

3.3.2 การดำเนินคดีตามกฎหมายอื่น

อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950 ซึ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ให้สัตยาบันมาตั้งแต่วันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ.1974 เป็นต้นมา ก็ได้รับรองเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันของปัจเจกบุคคล และตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 55 สนธิสัญญาหรือความตกลงใดๆ ที่ได้รับการให้สัตยาบันหรือความเห็นชอบโดยชอบแล้ว เมื่อได้ประกาศโฆษณาแล้ว ย่อมมีค่าบังคับสูงกว่ารัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เมื่อภาคีอีกฝ่ายหนึ่งได้ปฏิบัติตามสนธิสัญญา หรือข้อตกลงนั้นๆเช่นเดียวกันด้วย ดังนั้น จึงเกิดปัญหาให้ศาลฝรั่งเศสและศาลยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ต้องพิจารณาเช่นกันว่า การตรวจสอบการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม โดยองค์กรและเจ้าหน้าที่ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ และรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือเพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริง หรือพิสูจน์ความผิดและเอาตัวผู้กระทำความผิดอาญามาฟ้องลงโทษนั้น ขัดต่ออนุสัญญาดังกล่าวหรือไม่เพียงใด

1) อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 ของการตรวจตราการเข้าถึงข้อมูล

ตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958 มาตรา 55 สนธิสัญญาหรือความตกลงใดๆ ที่ได้รับการให้สัตยาบันหรือความเห็นชอบโดยชอบ เมื่อได้มีการประกาศโฆษณาแล้ว ย่อมมีค่าบังคับสูงกว่ารัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เมื่อภาคีอีกฝ่ายหนึ่งได้ปฏิบัติตามสนธิสัญญาหรือความตกลงนั้นๆ เช่น เดียวกันด้วย เนื่องจาก สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ให้สัตยาบันอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 และประกาศโฆษณาอนุสัญญาดังกล่าวมาตั้งแต่

วันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 1974 อนุสัญญาดังกล่าวจึงย่อมมีค่าบังคับสูงกว่ารัฐบัญญัติที่ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสประกาศใช้บังคับ โดยความเห็นชอบของรัฐสภาแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส อนึ่ง อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานได้ให้การคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลในอันที่จะได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัว ชีวิตครอบครัว เคหสถาน และการติดต่อสื่อสารถึงกัน และยอมให้องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐภาคีแทรกแซงการใช้สิทธิดังกล่าวของปัจเจกบุคคลได้ก็เฉพาะแต่ในบางกรณี และภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขบางประการเท่านั้น ดังนั้น ผู้ต้องหา จำเลย หรือพยานจึงอาจกล่าวอ้างในศาลได้ว่า กฎหมายฝรั่งเศสที่เกี่ยวกับการตรวจตราการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม ทั้งที่บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 81) และที่เป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล (jurisprudence) ขัดหรือแย้งต่ออนุสัญญาดังกล่าว และศาลแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ต้องวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายต่อไป⁹⁸

เพื่อเป็นการประกันว่ารัฐภาคีแห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานจะเคารพและปฏิบัติตามพันธกรณีที่มิได้อยู่ตามอนุสัญญานี้อย่างเคร่งครัด อนุสัญญาดังกล่าวจึงได้จัดตั้งศาลยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานขึ้น และให้สิทธิแก่รัฐภาคีในอันที่จะฟ้องร้องต่อศาลยุโรปว่ารัฐภาคีใดรัฐหนึ่ง ไม่เคารพและปฏิบัติตามพันธกรณีที่มิได้อยู่ตามอนุสัญญา ยิ่งกว่านั้น อนุสัญญายังให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลที่เป็นคนในบังคับของรัฐภาคี ฟ้องร้องต่อศาลยุโรปว่า กฎหมายหรือการกระทำใด ๆ ของรัฐภาคีนั้นขัดหรือแย้งต่ออนุสัญญาอีกด้วย

ดังนั้น จึงสมควรเปรียบเทียบทัศนคติของศาลฝรั่งเศสและศาลยุโรปที่ได้วินิจฉัยปัญหาว่า กฎหมายฝรั่งเศสที่เกี่ยวกับการตรวจตราการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมขัดหรือแย้งต่ออนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 หรือไม่ เพื่อการนี้ จำเป็นต้องพิเคราะห์ความหมายและสาระสำคัญของบทบัญญัติมาตรา 8 แห่งอนุสัญญาดังกล่าวกันเสียก่อน

1.1) ความหมายและสาระสำคัญ

ความหมายและสาระสำคัญของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 มาตรา 8 มีความว่า

1) บุคคลทุกคนที่มีสิทธิที่จะได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัว ชีวิตครอบครัว เคหสถาน และการติดต่อสื่อสารถึงกัน

⁹⁸ Pierre KAYSER. La protection de la vie privée par le droit : Protection du secret de la vie privée, op.cit.pp. P. 17-45. (อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). แนวทางการยกร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง)

2) องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐจะแทรกแซงการใช้สิทธิดังกล่าวได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย และเฉพาะกรณีที่การกระทำดังกล่าว เป็นมาตรฐานซึ่งในสายตาของสังคมเสรีประชาธิปไตย ซึ่งจำเป็นแก่การรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของประชาชน การรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน และการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดอาญา การคุ้มครองสุขภาพอนามัยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น”

1.2) เงื่อนไขของการใช้อำนาจการเข้าถึงข้อมูล

ศาลยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ได้ตีความบทบัญญัติดังกล่าวไว้ในคำพิพากษาหลายๆ ฉบับ เป็นต้นว่า Klass c/RFA, 6 Septembre 1078; Malone c/United Kingdom, 2 aout 1984 และ Shenk c/Conf. Helevefique, 12 juillet 1988 มีสาระสำคัญโดยสรุป⁹⁹ ดังต่อไปนี้

1) การติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรศัพท์ อยู่ในความหมายของคำว่า “สิทธิที่จะได้รับความเคารพในชีวิตส่วนตัว เคหสถานและการติดต่อสื่อสารถึงกัน” การดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคล โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงเป็นการแทรกแซงการใช้สิทธิซึ่งมาตรา 8(1) รับรองและให้ความคุ้มครองแก่บุคคล

2) คำว่า “.....โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย” ในมาตรา 8(1) นั้น ไม่ได้มีความหมายแต่เพียงว่า มีกฎหมายภายในของรัฐภาคีอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคลได้เท่านั้น หากแต่ยังหมายความว่า กฎหมายดังกล่าวจะต้องมี “คุณลักษณะ” ดังต่อไปนี้

2.1) คำว่า “กฎหมาย” ในที่นี้ หมายความรวมทั้งกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร และกฎหมายที่มีบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น Common Law ของสหราชอาณาจักร ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น กฎหมายดังกล่าวย่อมหมายถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามศาลของรัฐภาคีได้ตีความโดยคำนึงถึงวิวัฒนาการทางเทคโนโลยี

2.2) กฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคลจะต้องมีคุณลักษณะ 2 ประการประกอบกัน กล่าวคือ ประการแรกต้องเป็นกฎหมายที่บุคคลโดยทั่วไปสามารถรับรู้ได้ ในกรณีที่เป็นการบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร

⁹⁹ Jean-Francois FRAUSS. Ecoutes telephoiques : le point de vue de Strassbourg, in Revue fran cais de droit administratif 7(1), janv-fevr.1991, P. 89-100. (อ้างอิงใน กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2540). แนวทางในการร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้อง)

ก็ต้องมีการปราศโทษณา ในกรณีที่เป็นกฎหมายอันเกิดจากคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล ก็ต้องมี การพิมพ์คำพิพากษาเหล่านั้นออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน ประการที่สองต้องเป็นกฎหมายที่มีความแน่นอนชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้ปัจเจกบุคคลสามารถคาดหมายได้ล่วงหน้าว่า ในกรณีใด และภายใต้เงื่อนไขเช่นไร เจ้าหน้าที่จึงจะมีอำนาจทำการดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ ของตนกับผู้อื่นได้

2.3) การดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคล จะต้องเป็น มาตรการในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ของประชาชน การรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน และการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดอาญา การคุ้มครองสุขภาพอนามัยหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น กล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็น มาตรการสุดท้าย เมื่อไม่อาจแสวงหาข้อมูลข่าวสารเพื่อคุ้มครองคุณค่าดังกล่าวได้โดยวิธีการอื่นๆ แล้ว เพื่อให้เป็นไปตามนี้ การดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคลจะกระทำได้อีก เฉพาะแต่ในกรณีที่ ได้มีหรือจะมีการกระทำผิดอาญาที่ร้ายแรงเท่านั้น

และยิ่งกว่านั้นยังจะต้องมีระบบการควบคุมการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ ของรัฐอย่างรัดกุม ในกระบวนการดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ทุกขั้นตอน เริ่มตั้งแต่ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ประสงค์จะดักฟังและเป็นกลาง เช่น ศาล หรือองค์กรที่มีหลักประกันความเป็น อิสระทำนองเดียวกับศาล กำหนดเวลาขั้นสูงที่จะกระทำการเช่นนั้นได้ หลักประกันว่าจะไม่มีการ ตัดต่อการบันทึกเสียงการสนทนา หรือการถ่ายเสียงการสนทนา เป็นลายลักษณ์อักษร ตลอดจน หลักประกันว่าจะมีการทำลายสิ่งบันทึกเสียงการสนทนาเมื่อหมดความจำเป็นต้องใช้แล้ว

1.2.1) ทศนะของศาลฝรั่งเศส

ปัญหาว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 81 ประกอบ มาตรา 151 ซึ่งศาลฝรั่งเศสเคยตีความว่าให้อำนาจผู้พิพากษาสอบสวนตรวจตราการติดต่อสื่อสารถึง กันทางโทรศัพท์ของบุคคลหรือมอบหมายให้เจ้าพนักงานตำรวจสอบสวนกระทำการเช่นว่านี้แทน ตน เพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิดและเอาตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องร้องลงโทษได้ ขัดต่อ ความในมาตรา 8 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1953 หรือไม่นั้น เข้าสู่การพิจารณาวินิจฉัยของ Cour de Cassation เป็นครั้งแรก ในคดี Kruslin (crim. 23 juillet 1985)¹⁰⁰

¹⁰⁰ Louis-Edmond PETTITI. Les ecoutes téléphoniques et le droit fran cais, in l' Actualité juridique – Droit administratif. 20 janv. 1992. P. 38-39. (อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2540). แนวทางการยก ร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้อง)

ข้อเท็จจริงโดยสรุปได้ความว่า ผู้พิพากษาสอบสวนแห่งเมือง Saint Gaudens ขณะกำลังสอบสวนคดีความผิดฐานฆ่าคนตายคดีหนึ่งอยู่ (คดี Barm) ได้มอบหมายให้เจ้าพนักงานตำรวจสอบสวนทำการดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคลที่ใช้เครื่องโทรศัพท์ของนาย Terrieux สนทนากับผู้อื่น ระหว่างวันที่ 15-17 มิถุนายน 1982 เจ้าพนักงานตำรวจสอบสวนได้ทำการดักฟังการสนทนา 17 ครั้ง ในวันสุดท้าย เจ้าพนักงานตำรวจสอบสวนได้ดักฟังการสนทนา ระหว่างนาย Kruslin ซึ่งพักอาศัยอยู่ที่บ้านของนาย Terrieux กับบุคคลหนึ่งซึ่งใช้โทรศัพท์สาธารณะโทรมาถึงนาย Kruslin ในระหว่างการสนทนา บุคคลดังกล่าวได้พูดกับนาย Kruslin ถึงเรื่องการปล้นร้านขายเครื่องประดับชื่อ “La Gerbe d’or” ซึ่งตั้งอยู่ ณ เมือง Toulouse และเจ้าของร้านเครื่องประดับถูกฆ่าตายระหว่างการปล้นครั้งนั้น

ในที่สุดก็ได้มีการใช้ข้อมูลข่าวสารที่ได้จากการดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ระหว่างนาย Kruslin กับบุคคลดังกล่าวเป็นหลักฐานดำเนินคดีนาย Kruslin ในข้อหาลักทรัพย์โดยมีการ อุกฉกรรจ์และฆ่าคนตายโดยเจตนา นาย Kruslin ให้การต่อสู้คดีว่าข้อมูลข่าวสารที่ได้จากการดักฟังและบันทึกการสนทนา ระหว่างตนกับผู้อื่นอาจใช้เป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกกล่าวหาได้ก็เฉพาะแต่ในคดี Baron อันเป็นมูลเหตุให้เกิดการดักฟังและบันทึกการสนทนาเท่านั้น จะใช้เป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดที่ตนต้องหาว่าเป็นผู้กระทำซึ่งเป็นคดีใหม่หาได้ไม่ ศาลพิพากษาว่าต่อสู้ดังกล่าวฟังไม่ขึ้น

นาย Kruslin ถูกคัดค้านคำพิพากษาของศาลล่างต่อ Cour de Cassation โดยอ้างว่าตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 นั้น “การที่องค์กรหรือเจ้าพนักงานของรัฐแทรกแซงการใช้สิทธิในชีวิตส่วนตัว ชีวิต ครอบครัว เคหสถาน และการติดต่อสื่อสารถึงกันของปัจเจกบุคคลจะเป็นมาตรการซึ่งในสายตาของสังคมประชาธิปไตยแล้ว จำเป็นแก่การป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดอาญาได้ก็ต่อเมื่อการกระทำดังกล่าวเป็นไปโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายและกฎหมายนั้นต้องมีลักษณะ 2 ประการ ดังต่อไปนี้ คือ ประการแรก ต้องบัญญัติกำหนดไว้ด้วยถ้อยคำที่แจ่มชัดเพื่อให้ทุกคนได้ทราบล่วงหน้าว่าในกรณีใดและภายใต้เงื่อนไขเช่นไร องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงจะมีอำนาจกระทำการซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิอันชอบธรรมอย่างร้ายแรงต่อสิทธิในชีวิตส่วนตัวและในการติดต่อสื่อสารถึงกัน ประการที่สอง ต้องบัญญัติกำหนดขอบอำนาจ กระบวนการและรูปแบบของการใช้อำนาจดังกล่าวดังกล่าวไว้ อย่างแน่นอนชัดเจน เพื่อเป็นหลักประกันปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจอำเภอใจขององค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดของฝรั่งเศส โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติมาตรา 81 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มีลักษณะดังกล่าวข้างต้นเลย”

อย่างไรก็ตาม Cour de Cassation โดยคำพิพากษาลงวันที่ 23 กรกฎาคม 1985 ยกฎีกาของนาย Kruslin โดยให้เหตุผลว่า “ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 81 และมาตรา 151 และตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาทั่วไปนั้น การเข้าถึงข้อมูลหรือการบันทึกเสียงสนทนาทางโทรศัพท์ โดยคำสั่งของผู้พิพากษามาสอบสวนจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าได้มีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น และมาตรการดังกล่าวไม่อาจใช้เพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิดและเอาตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องร้องลงโทษได้อย่างพร่ำเพรื่อในความผิดทุกฐาน อนึ่งการเข้าถึงข้อมูลหรือการบันทึกเสียงสนทนาทางโทรศัพท์ต้องดำเนินไปภายใต้การควบคุมของผู้พิพากษาสอบสวน และการสนทนาทางโทรศัพท์นั้น ต้องมิได้เกิดขึ้นจากการจงใจ ขู่เข็ญหรือหลอกลวงของเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรม ดังนั้นบทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ขัดหรือแย้งต่อความในมาตรา 8 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950 แต่อย่างใด

นาย Kruslin ไม่พอใจคำพิพากษาดังกล่าวของ Cour de Cassation จึงได้ยื่นฟ้องต่อศาลยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานขอให้ศาลดังกล่าวพิพากษาว่ากฎหมายฝรั่งเศสขัดต่อความในมาตรา 8 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครอง สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

ในส่วนของการใช้ข้อมูลที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูลนั้น ประเทศไทยมีความคล้ายคลึงกับประเทศฝรั่งเศส ซึ่งหลักเกณฑ์ของประเทศไทยได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษที่วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการเข้าถึงข้อมูลว่า ข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูล ให้เก็บรักษาเฉพาะข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษ และให้ใช้ประโยชน์ในการสืบสวนหรือใช้เป็นพยานหลักฐานเฉพาะในการดำเนินคดีพิเศษดังกล่าวเท่านั้น ส่วนข้อมูลข่าวสารอื่นให้ทำลายเสียทั้งสิ้น¹⁰¹ แต่กรณีดังกล่าวมานี้กลับไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือประมวลกฎหมายอื่นใด ทั้งๆที่ประมวลกฎหมายเหล่านี้เป็นประมวลกฎหมายหลักของประเทศ

1.2.2) ทักษะของศาลยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพ

ศาลยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเริ่มต้นจากการยืนยันว่า¹⁰² การที่องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐทำการดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคลนั้นเป็นการแทรกแซงการใช้สิทธิในชีวิตส่วนตัวและการติดต่อสื่อสารถึงกันตามความใน

¹⁰¹ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มาตรา 25.

¹⁰² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (อ้างถึงใน คำพิพากษาลงวันที่ 24 เมษายน 1990 ดี พิมพ์ใน Revue universelle des droits de l'homme Vol. 2,n° 5 1990 , p.185-192.)

มาตรา 8 (1) แห่งอนุสัญญาฯ และตามความใน (2) ของมาตราเดียวกัน องค์การและเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะกระทำการดังกล่าวจะกระทำได้อีกต่อเมื่อ

- 1) มีกฎหมายให้อำนาจ และ
- 2) เป็นมาตรการซึ่งในสายตาของสังคมประชาธิปไตยแล้วจำเป็นแก่การดำเนินการให้

บรรลุความมุ่งหมาย

จากนั้นศาลก็ได้พิจารณาว่ากฎหมายฝรั่งเศสที่เกี่ยวกับการตรวจตราการสื่อสารถึงกัน ทางโทรคมนาคมเป็นไปตามเงื่อนไขดังระบุไว้ในมาตรา 8(2) แห่งอนุสัญญา ทั้ง 2 ประการ หรือไม่ ศาลเห็นว่า บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศสมาตรา 81 และ 151 ตามที่ศาลฝรั่งเศสได้ตีความไว้นั้น ถือได้แล้วว่า เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจผู้พิพากษา สอบสวน หรือเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรมที่ได้รับมอบอำนาจจากผู้พิพากษาสอบสวนทำการดักฟัง และบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคลเพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิดและเอา ตัวผู้กระทำผิดมาฟ้องร้องลงโทษ¹⁰³

ยิ่งกว่านั้น กฎหมายดังกล่าวก็มีคุณลักษณะสอดคล้องกับหลักการปกครองโดยกฎหมาย ทุกประการ กล่าวคือ บุคคลโดยทั่วไปสามารถรับรู้ได้ อีกทั้งยังมีความแน่นอนชัดเจน เพียงพอที่จะ ทำให้ปัจเจกบุคคลสามารถคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าในกรณีใดและภายใต้เงื่อนไขเช่นไร ผู้พิพากษา สอบสวน หรือเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรม ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากผู้พิพากษาสอบสวน จึงจะทำการดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ระหว่างตนกับผู้อื่นได้

อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 81 และ 151 ประกอบกับคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลฝรั่งเศส ซึ่งประกอบกันขึ้นเป็น “ระบอบกฎหมาย” (régime juridique) เกี่ยวกับการตรวจตราการสื่อสารทางโทรคมนาคม ยังมีได้ หลักประกันปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจดังกล่าวตามอำเภอใจอย่างเพียงพอกล่าวคือ

- 1) ไม่ได้กำหนดประเภท กล่าวคือ ไม่ปรากฏว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือคำพิพากษาใดได้กำหนดประเภทของบุคคลที่อาจถูกดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์และประเภทของความผิดที่อาจใช้มาตราดังกล่าวได้ไว้เลย ดังนั้น จึงเปิดช่องให้มีการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ของปัจเจกบุคคลได้อย่างพร่ำเพรื่อ อันขัดกับความในอนุสัญญาฯ มาตรา 8(2) ที่ว่าการแทรกแซงการใช้สิทธิในชีวิตส่วนตัว และในการติดต่อสื่อสารถึงกัน ต้องเป็นมาตรการซึ่งในสายตาของสังคมประชาธิปไตยแล้วจำเป็นแก่การรักษาไว้ซึ่งคุณค่าต่างๆ ดังที่ได้จาระไนไว้ในมาตราดังกล่าว

- 2) ไม่ได้กำหนดระยะเวลา กล่าวคือ ไม่ปรากฏว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือคำพิพากษาใด กำหนดระยะเวลาขั้นสูงที่จะทำการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคลได้ไว้

¹⁰³ Ibid.

3) ไม่ได้กำหนดเงื่อนไข กล่าวคือ ไม่ปรากฏว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือคำพิพากษาใด กำหนดเงื่อนไขของการถ่ายการสนทนาเป็นลายลักษณ์อักษร มาตรการรักษาสงวนที่กการสนทนา เพื่อป้องกัน การตัดต่อหรือทำให้เสียลักษณะดั้งเดิมไว้เลย ทำนองเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศสมิได้กำหนดบังคับให้มีการลบหรือทำลายสิ่งบันทึกการสนทนาเมื่อหมดความจำเป็นต้องใช้ไว้เลย

จากความไม่สมบูรณ์ในหลักประกันของปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจกระทำการเข้าถึงข้อมูล ทำให้ศาลยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน สรุปว่า “ระบอบกฎหมาย” (Régime Juridique) ฝรั่งเศสที่เกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของปัจเจกบุคคล ยังไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950

2) **สาระสำคัญของรัฐบัญญัติเลขที่ 91-646 ลงวันที่ 10 กรกฎาคม 1991 ว่าด้วยการคุ้มครองความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม**

คำพิพากษาของศาลยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเป็นเหตุปัจจัยสำคัญที่ผลักดันให้สาธารณรัฐฝรั่งเศส ตรารัฐบัญญัติเลขที่ 91-646 ลงวันที่ 10 กรกฎาคม 1991 ว่าด้วยการคุ้มครองความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมขึ้นใช้บังคับ

2.1) ความหมายและสาระสำคัญ

รัฐบัญญัติเลขที่ 91-646 ลงวันที่ 10 กรกฎาคม 1991 ว่าด้วยการคุ้มครองความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม¹⁰⁴ บัญญัติไว้เป็นการทั่วไปในมาตราแรกว่า ความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย องค์ประกอบของรัฐจะกระทำการใดๆ ที่มีผลกระทบกระเทือนต่อความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมได้ก็เฉพาะแต่ในกรณีที่เป็นแก่การชำระรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ และภายในขอบเขตที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้

2.2) เงื่อนไขของการใช้อำนาจการเข้าถึงข้อมูล

รัฐบัญญัติดังกล่าวแยกออกเป็น 2 บรรพ บรรพแรกว่าด้วยการดักฟังการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมตามคำสั่งศาล และบรรพที่สองว่าด้วยการดักฟังการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเพื่อการรักษาความมั่นคง แต่ละบรรพมีสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

1) การดักฟังการติดต่อสื่อสารทางโทรคมนาคมตามคำสั่งศาล (บรรพ 1)

¹⁰⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (อ้างถึงใน L'Actualité juridique – Droit administratif, 20 janv. 1992.)

ในคดีอาญาซึ่งมีโทษจำคุกขั้นต่ำตั้งแต่ 2 ปีขึ้นไป เมื่อมีความจำเป็นที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิดและเอาตัวผู้กระทำความผิดร้องลงโทษ ผู้พิพากษาสอบสวนมีอำนาจที่จะสั่งให้ดักฟัง บันทึก และถ่ายเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของบุคคลและควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าว

คำสั่งให้ดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมต้องทำเป็นหนังสือ และต้องระบุหมายเลขเครื่องที่จะมีการติดต่อสื่อสาร ความผิดที่เป็นมูลเหตุจงใจให้ออกคำสั่งเช่นว่านี้ และกำหนดเวลาที่คำสั่งเช่นว่านี้มีผลบังคับไว้ด้วย อนึ่ง กำหนดเวลาที่คำสั่งให้ดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมมีผลบังคับได้นานไม่เกิน 4 เดือน และขยายออกไปได้ภายใต้แบบและเงื่อนไข ดังกล่าวได้อีกไม่เกิน 4 เดือน

ผู้พิพากษาสอบสวนหรือเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรม ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากผู้พิพากษาสอบสวนมีอำนาจที่จะสั่งให้องค์กรและหน่วยงานที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบกิจการโทรคมนาคม หรือองค์กรและหน่วยงานที่ได้รับสัมปทานการบริการสาธารณะทางด้านโทรคมนาคม แล้วแต่กรณี ติดตั้งเครื่องดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม

ผู้พิพากษาสอบสวน หรือเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรม ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากผู้พิพากษาสอบสวนต้องจัดทำรายงานการดักฟังและบันทึกการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม รายงานดังกล่าวจะต้องระบุวันและเวลาที่สิ้นสุดการดักฟังและบันทึกการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมไว้ด้วย

สิ่งบันทึกการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมจะต้องปิดผนึก และประทับตรา

ผู้พิพากษาสอบสวนหรือเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรม ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้พิพากษาสอบสวนจะต้องถ่ายการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมที่เป็นประโยชน์แก่การพิสูจน์ความจริงเป็นลายลักษณ์อักษร และรวบรวมไว้ในสำนวนการสอบสวน ในกรณีที่มีการติดต่อสื่อสารถึงกันเป็นภาษาต่างประเทศ ให้จัดให้ผู้เชี่ยวชาญด้านการแปลจัดทำคำแปลเป็นภาษาฝรั่งเศส

ให้อัยการสูงสุดหรือพนักงานอัยการควบคุมการทำลายสิ่งบันทึกการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรศัพท์ เมื่อคดีอาญานั้นหมดอายุความฟ้องร้องแล้ว และให้จัดทำบันทึกการทำลายไว้ด้วย

การดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกัน โดยเครื่องสื่อสารประจำสำนักงานหรือสถานที่อยู่ของทนายความจะกระทำได้อีกต่อเมื่อผู้พิพากษาสอบสวนได้แจ้งให้นายสภาทนายความทราบแล้ว

2) การดักฟังการติดต่อสื่อสารทางโทรคมนาคมเพื่อการรักษาความมั่นคง (บรรพ 2)

นายรัฐมนตรีหรือผู้ที่นายกรัฐมนตรียมอบหมายคนใดคนหนึ่งในสองคน โดยคำแนะนำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม รัฐมนตรีเหล่านี้มอบหมาย มีอำนาจอนุญาตให้ทำการดักฟัง

การติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเพื่อแสวงหาข้อมูลข่าวสารที่จำเป็นแก่การรักษาความมั่นคงของรัฐ ศักยภาพทางวิทยาศาสตร์และทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือการป้องกันการก่อการร้ายหรืออาชญากรรม การอนุญาตดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือและต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย

การอนุญาตให้ทำการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมมีผลบังคับได้นานไม่เกิน 4 เดือน และสิ้นผลบังคับทันทีที่กำหนดเวลา 4 เดือน ล่วงพ้นไป อย่างไรก็ตาม การขยายเวลาที่มีการอนุญาตนั้นมีผลบังคับออกไปอีกย่อมกระทำมิได้ภายใต้แบบและเงื่อนไขเดิมแต่ต้องไม่นานเกินกว่า 4 เดือน

การถ่ายข้อมูลข่าวสารที่ได้จากการดักฟังการสนทนาทางโทรคมนาคมเป็นหนังสือจะกระทำได้อีกเฉพาะแต่ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการให้เป็นไปตามความมุ่งหมายข้างต้นเท่านั้น และจะใช้เพื่อการอื่นนอกเหนือจากนั้นไม่ได้

นายกรัฐมนตรีต้องควบคุมดูแลให้มีการจัดทำรายงานการดักฟังและบันทึกการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมแต่ละครั้ง รายงานดังกล่าวต้องระบุวันเวลาที่เริ่มดักฟังและวัน เวลาที่ยุติการดักฟังไว้ด้วย นอกจากนั้นแล้ว นายกรัฐมนตรียังต้องควบคุมดูแลให้มีการทำลายสิ่งบันทึกการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเสียภายใน 10 วันนับแต่วันที่ได้ทำการบันทึกเป็นอย่างซ้ำ

การติดตั้งเครื่องดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม หรือการอื่นใดที่จำเป็นแก่การดักฟังภายในที่ทำการขององค์กร และหน่วยงานที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับของรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบกิจการ โทรคมนาคมหรือภายในที่ทำการขององค์กรและหน่วยงานที่ได้รับสัมปทานการบริการสาธารณะทางด้านโทรคมนาคมจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีคำสั่งของรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบกิจการ โทรคมนาคม หรือของผู้ที่มีรัฐมนตรีมอบหมาย

นายรัฐมนตรีต้องควบคุมดูแลให้มีการทำลายข้อมูลข่าวสารที่ถ่ายจากสิ่งบันทึกการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมมาเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นทันทีที่หมดความจำเป็นแก่การดำเนินการรักษาความมั่นคงของรัฐ ศักยภาพทางวิทยาศาสตร์และทางเศรษฐกิจของประเทศหรือการป้องกันการก่อการร้ายหรืออาชญากรรม

เพื่อควบคุมดูแลให้มีการปฏิบัติตามบทบัญญัติในบรรพ 2 ว่าด้วยการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมอย่างเคร่งครัด รัฐบัญญัตินี้ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการควบคุมการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมแห่งชาติ” มีฐานะเป็น “องค์กรปกครองอิสระ” (autorité administrative independante)

2.3) องค์กรที่มีอำนาจอนุญาตให้เข้าถึงข้อมูล

เพื่อควบคุมดูแลให้มีการปฏิบัติตามบทบัญญัติในบรรพ 2 ว่าด้วยการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมอย่างเคร่งครัด รัฐบัญญัตินี้ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการขึ้นคณะ

หนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการควบคุมการคัดฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมแห่งชาติ” มีฐานะเป็น “องค์กรปกครองอิสระ” (Autorite administrative independante)

คณะกรรมการดังกล่าว ประกอบด้วย

1) ประธานกรรมการ ซึ่งประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐแต่งตั้งจากบัญชีรายชื่อบุคคลที่เหมาะสมจำนวน 4 คน ซึ่งรองประธานสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) และประธาน Cour de Cassation คนที่ 1 ร่วมกันจัดทำขึ้น

ประธานกรรมการมีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี

2) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 1 คน ซึ่งประธานสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้ง และมีวาระการดำรงตำแหน่งเท่าอายุของสภาผู้แทนราษฎร

3) สมาชิกวุฒิสภา ซึ่งประธานวุฒิสภาแต่งตั้งทุกคราวที่มีการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา ถ้าแทนที่สมาชิกวุฒิสภาบางส่วนต้องพ้นจากตำแหน่งตามวาระ

ประธานกรรมการและกรรมการจะเป็นรัฐมนตรีในขณะเดียวกันด้วยไม่ได้

นายรัฐมนตรีหรือผู้นายกรัฐมนตรีมอบหมายจะต้องยื่นสำเนาหนังสืออนุญาตให้มีการคัดฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมต่อประธานกรรมการภายใน 48 ชั่วโมง นับแต่เวลาที่ตนออกหนังสือนั้น

ถ้าประธานกรรมการเห็นว่าการอนุญาตให้มีการคัดฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเป็นไปโดยมิชอบด้วยบทบัญญัติแห่งบรรพ 2 ว่าด้วยการคัดฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม ให้ประธานกรรมการเรียกประชุมคณะกรรมการเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

ในกรณีที่คณะกรรมการวินิจฉัยว่าการวินิจฉัยว่าการอนุญาตให้มีการคัดฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเป็นไปโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติในบรรพ 2 ให้คณะกรรมการแนะนำให้นายรัฐมนตรีมีคำสั่งให้ยับยั้งการคัดฟังและให้แจ้ง “ข้อแนะนำ” ดังกล่าว ให้รัฐมนตรีที่เสนอแนะให้นายรัฐมนตรีหรือผู้ที่นายรัฐมนตรีมอบหมายออกหนังสืออนุญาตได้ทราบ

คณะกรรมการ โดยผลการ (d'office) หรือโดยคำร้องขอของผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงมีอำนาจตรวจสอบการคัดฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมใด ๆ ว่าเป็นไปโดยชอบด้วยบทบัญญัติในบรรพ 2 หรือไม่

ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นว่าการคัดฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันเป็นไปโดยมิชอบด้วยบทบัญญัติในบรรพ 2 ให้คณะกรรมการแนะนำให้นายรัฐมนตรีมีคำสั่งให้ยับยั้งการคัดฟังนั้นเสีย และให้แจ้ง “ข้อแนะนำ” ดังกล่าว ให้รัฐมนตรีที่เสนอแนะให้นายกรัฐมนตรีหรือผู้ที่นายกรัฐมนตรีมอบหมายออกหนังสืออนุญาตได้ทราบ

3.4 ประเทศสาธารณรัฐแอฟริกาใต้

เทคโนโลยีนั้นมีความเกี่ยวพันระหว่างอาชญากรรมและกฎหมาย เทคโนโลยีที่เข้ามาสู่ของการสื่อสารทางโทรคมนาคมทำให้อาชญากรรมสามารถบรรลุผลสำเร็จ โดยมีการวางแผนเปลี่ยนแปลงรูปแบบต่างๆ ได้อย่างรวดเร็วขึ้น หากการบังคับใช้กฎหมายไม่พัฒนาตามไปด้วยย่อมไม่อาจป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นเจ้าหน้าที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถ เพื่อค้นหาข้อมูลที่มีความสำคัญแล้วนำมาดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด การเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟังจึงเป็นเครื่องมือที่ลดคุณค่าของการติดต่อสื่อสารของอาชญากรรมนั่นเอง

สำหรับประเทศสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ (Republic of South Africa) ได้มีพระราชบัญญัติการดักข้อมูลและการใช้เครื่องมือรับและจับคลื่นทางโทรคมนาคม โดยกำหนดถึงการดักข้อมูลทางไปรษณีย์ภัณฑ์และการคมนาคม การใช้เครื่องมือรับและจับคลื่นสำหรับการติดต่อทางโทรคมนาคม ในความผิดที่ร้ายแรงหรือเกี่ยวกับความมั่นคง หรือมีการบังคับขู่เข็ญสาธารณรัฐเพื่อผลประโยชน์อื่น และมีบทห้ามของการบริการทางโทรคมนาคมไม่ให้ใช้เครื่องมือรับและจับคลื่นทางโทรคมนาคม และการให้อำนาจใช้เครื่องมือรับและจับคลื่นทางโทรคมนาคม¹⁰⁵ รวมถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวด้วย

สำหรับความหมายของระบบโทรคมนาคม คือ ระบบหรือประเภทของโทรคมนาคมที่อำนวยความสะดวก ทางเครื่องมือเกี่ยวกับวิทยุ การแพร่ภาพ หรือแม่เหล็กไฟฟ้า หรือระบบเฉพาะอย่างที่มีความคล้ายคลึงกันได้ ใช้เพื่อจุดมุ่งหมายของการ โทรคมนาคม หรือการโทรคมนาคมนั้น เป็นการควบคุมเกี่ยวกับการจัดการเกี่ยวกับส่วนประกอบหรือระบบ โดยความหมายในแนวทางของการส่งสัญญาณหรือ การแพร่ หรือการรับ

ดังนั้นการพิจารณาถึงข้อมูลที่ได้จากการติดต่อทางโทรคมนาคม จึงหมายรวมถึง การสนทนาหรือข้อความ และส่วนหนึ่งส่วนใดของการสนทนาหรือข้อความซึ่งอยู่ในรูปแบบของ ถ้อยคำพูด คนตรี หรือเสียงอื่นใด , ข้อมูลตัวเลข , ต้นฉบับข้อความสำคัญ , ภาพถ่ายทางความคิดซึ่งเคลื่อนไหวได้หรือเคลื่อนไหวไม่ได้ , สัญญาณ หรือในรูปแบบอื่นใด หรือในรูปแบบอื่นที่รวมกัน ซึ่งข้อมูลข่าวสารที่ได้จากการเข้าถึงข้อมูลโดยการดักฟังการสื่อสาร เช่น ข้อมูลข่าวสารจากเครื่องโทรศัพท์ ซึ่งแสดงถึงแหล่งกำเนิด จุดหมายปลายทาง การสิ้นสุดการใช้ ช่วงระยะเวลาและเครื่องมือแสดงถึงการติดต่อสื่อสารอื่นๆของผู้ใช้เครื่องมือดังกล่าวนี้ สำหรับประเทศไทยการพิจารณาถึงข้อมูลที่ได้จากการติดต่อทางโทรคมนาคมที่นิยมมากที่สุด คือ โทรศัพท์ โดยพระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ.2477 ได้ให้ความหมายไว้ในมาตรา 4 (1) คือเครื่องโทร

¹⁰⁵ Republic of South Africa. (9 September). Interception and Monitoring Bill No. of 2001. From Available URL : <http://www.pmg.org.za/bills/interception010816htm.2002>. P. 1-2.

เลขหรือเครื่องโทรศัพท์ชนิดที่ใช้กำลังไฟฟ้า รวมทั้งเครื่องใช้ และเครื่องสำหรับรับส่งหรือทำการ โทรเลขโทรศัพท์หรือการคมนาคมอย่างอื่น โดยใช้กำลังไฟฟ้าด้วย
ความผิดทางอาญาที่อาจถูกเข้าถึงข้อมูล

3.4.1 ฐานความผิดทางอาญาที่อาจถูกเข้าถึงข้อมูล

การกระทำความผิดผิดร้ายแรง (Serious Offence) ของประเทศสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ที่อาจถูกเข้าถึงข้อมูลเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนและป้องกันอาชญากรรมได้ คือ

- 1) การกระทำความผิดที่ได้อ้างถึงในตาราง 1 ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ. 1977 (พระราชบัญญัติหมายเลข 51 ของปี ค.ศ.1977) ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า
 - 1.1) ความผิดที่เป็นการกล่าวหาบุคคล หรือมีการกล่าวหาว่าได้กระทำโดยได้มีการ จัดตั้ง การวางแผน หรือการเตรียมการ โดยบุคคลซึ่งได้เกี่ยวข้องในการกล่าวหาดังกล่าว
 - 1.2) ความผิดใดที่เป็นการกล่าวหาบุคคล หรือมีการกล่าวหาว่าได้กระทำเป็น ประจำของบุคคล หรือบุคคลซึ่งได้เกี่ยวข้องในการกล่าวหาดังกล่าว
 - 1.3) ความผิดใดที่จะเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายต่อเศรษฐกิจ หรือ กระทบต่อ ผลประโยชน์ของชาติ
 - 2) ความผิดซึ่งได้อ้างถึงในมาตรา 13 (f) และ 14 (b) ของพระราชบัญญัติยาเสพติดและ การลักลอบค้ายาเสพติด 1992 (พระราชบัญญัติหมายเลข 140 ของ ค.ศ.1992)
 - 3) ความผิดเฉพาะใดซึ่งได้กำหนดในมาตรา 1 ของพระราชบัญญัติอำนาจฟ้องของ พนักงานอัยการ
 - 4) ความผิดเกี่ยวกับการจัดหาหรือลักลอบค้าอาวุธปืน อาวุธยุทโธปกรณ์ วัตถุระเบิดหรือ อาวุธยุทธโศปกรณ์
 - 5) ความผิดใดที่ได้อ้างถึงในพระราชบัญญัติป้องกันองค์กรอาชญากรรม 1998 (พระราช บัญญัติหมายเลข 121 ของ ค.ศ. 1998)
 - 6) ความผิดใดซึ่งคุกคามความมั่นคงหรือการใช้กำลังบังคับอื่นใดต่อผลประโยชน์ แห่งชาติของสาธารณรัฐ
- รวมทั้งความผิดฐานสมคบ การยุยง หรือพยายามกระทำความผิดในข้อ (1) - (6) ข้างต้น

ส่วนการกระทำตามพระราชบัญญัติโทรคมนาคมที่อาจถูกเข้าถึงข้อมูลได้ หมายถึง พระราชบัญญัติโทรคมนาคมใด ซึ่งได้กำหนดในพระราชบัญญัติโทรคมนาคม¹⁰⁶ ที่เกี่ยวกับ

- 1) การบริการโทรคมนาคมโดยเครื่องเปลี่ยนสัญญาณสาธารณะ
- 2) การบริการโทรคมนาคมโดยคลื่นความถี่เคลื่อนที่ได้
- 3) การบริการโทรคมนาคมระยะทางไกลในประเทศ
- 4) การบริการโทรคมนาคมระหว่างประเทศ หรือ
- 5) การบริการโทรคมนาคมอื่นใดที่ได้รับอนุญาต หรือเชื่อว่าจะได้รับอนุญาต หรือยกเว้นจากการได้รับอนุญาตตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติโทรคมนาคม

3.4.2 เงื่อนไขการร้องขอตามบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูล (ข่าวสารทางโทรศัพท์)¹⁰⁷

การร้องขอตามบทบัญญัติของข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงข้อมูลทางโทรศัพท์นั้น มีเจตนารมณ์ของการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเข้าถึงข้อมูลการติดต่อสื่อสารของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ก็ไม่ได้แตกต่างกับประเทศไทย นั่นคือต้องการที่จะแสวงหาพยานหลักฐานอันชอบด้วยกฎหมายมาใช้ดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิด ปัจจุบันหลักเกณฑ์การเข้าถึงข้อมูลของประเทศไทยได้ตราไว้ในพระราชบัญญัติทั่วไป ส่วนในแอฟริกาใต้ตราไว้ในพระราชบัญญัติการดักข้อมูลและการใช้เครื่องมือรับและจับคลื่นทางโทรคมนาคม มาตรา 9 ซึ่งสรุปหลักเกณฑ์ได้ดังนี้

1) ในกรณีเฉพาะข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับโทรศัพท์ โดยไม่มีเครื่องมือรับและการจับคลื่นทางโทรคมนาคมที่เป็นอยู่จริง หากการติดต่อสื่อสารนั้นได้ถูกร้องขอโดย

1.1) เจ้าหน้าที่อย่างน้อยระดับผู้ช่วยคณะกรรมการในสำนักงานตำรวจหรือสมาชิกของสำนักงานตำรวจในระดับเดียวกัน

1.2) เจ้าหน้าที่อย่างน้อยตำแหน่งพลตรีใน Defense force

1.3) สมาชิกของเจ้าหน้าที่หรือให้บริการอย่างน้อยระดับผู้จัดการทั่วไป

1.4) หัวหน้าของ Directorate หรือผู้อำนวยการของ Directorate

จะออกหมายตามความต้องการ ให้ผู้ให้บริการที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลข่าวสารเหล่านั้นจัดหาข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการโทรศัพท์ โดยคำนึงถึงลูกค้าที่เกี่ยวข้อง

¹⁰⁶ วันชัย รุจนวงศ์ และ คณะ. (2548). การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ (ระยะที่2) : เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ. หน้า 156.

¹⁰⁷ Republic of South Africa. Op.cit. P. 16.

2) คำร้องขอตั้งที่ได้กล่าวมานี้ ต้องทำบนพื้นฐานของเหตุผลอันควรเชื่อว่าการรวบรวมข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการโทรศัพท์ มีความจำเป็นในการสืบสวนที่เกี่ยวข้องกับ การกระทำความผิดร้ายแรงหรือถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดร้ายแรง หรือการขู่เชิญหรือถูกกล่าวหาว่าขู่เชิญ ต่อความมั่นคงหรือการใช้กำลังบังคับอื่นใดต่อผลประโยชน์ของชาติ

3) คำร้องขอที่ได้กล่าวมานี้ ต้อง

3.1) ประกอบไปด้วยข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการโทรศัพท์เฉพาะ ที่ได้ร้องขอ

3.2) แสดงข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการติดต่อทางโทรศัพท์ คือ กำหนดเส้นทางไปยังศูนย์กลางของศูนย์เครื่องมือรับและจับคลื่นทางโทรคมนาคม และถ้าต้องการกำหนดศูนย์กลางของศูนย์เครื่องมือรับและจับคลื่นทางโทรคมนาคมเป็นการเฉพาะก็ได้ หรือจัดหาผู้ปฏิบัติการของสำนักงานตำรวจ (Defense Force หน่วยงานสำนักงาน หรือ Directorate

3.3) รายละเอียดช่วงเวลาของข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงข้อมูลทางโทรศัพท์และรูปแบบของข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการโทรศัพท์ ตามบทบัญญัติของข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการโทรศัพท์ที่ต้องการ

4) ผู้ให้บริการหรือข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการ โทรศัพท์ หากได้รับการร้องขอโดยเจ้าหน้าที่ หรือบุคคลตามที่ได้กล่าวในขั้นต้น ต้องกระทำตามที่จำเป็นและในทันทีหลังจากที่ได้รับ การร้องขอเพื่อให้ได้ข้อมูลข่าวสาร คือ

4.1) เส้นทางข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการ โทรศัพท์ เป็นรายละเอียดในคำร้องขอที่เกี่ยวข้องกับการได้กำหนดศูนย์กลางของศูนย์เครื่องมือรับและจับคลื่นทางโทรคมนาคมที่เกี่ยวข้อง

4.2) การจัดหาข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการโทรศัพท์โดยรายละเอียดในคำร้องขอต่อสำนักงานตำรวจ Defense Force หน่วยงาน สำนักงาน หรือ Directorate ซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติ ในรูปแบบตามที่มีการร้องขอ

3.4.3 องค์กรที่มีอำนาจให้เข้าถึงข้อมูลและกระบวนการใช้อำนาจในการเข้าถึงข้อมูล

การพิจารณาองค์กรที่มีอำนาจเรื่อง การควบคุมบทบัญญัติของข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงข้อมูลทางโทรศัพท์มีลักษณะคล้ายกับหลักการตรวจสอบในประเทศไทย กล่าวคือ ลักษณะของการตรวจสอบของไทยโดยทั่วไปมี 2 ลักษณะคือ 1) การตรวจสอบภายใน เป็นการตรวจสอบตามสายการบังคับบัญชาซึ่งเป็นการตรวจสอบแนวดิ่ง หรือ อาจเป็นการตรวจสอบระหว่างหน่วยงานภายในกันเองก็ได้ซึ่งเป็นการตรวจสอบในแนวนอน 2) การตรวจสอบ

ภายนอก เป็นการตรวจสอบระหว่างองค์กร ซึ่งอาจเป็นระหว่างองค์กรของรัฐ หรือระหว่างรัฐกับเอกชนก็ได้

ฐานทางความคิดดังกล่าวทำให้ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่เหมาะสมกับการเป็นผู้ควบคุมการเข้าถึงข้อมูล เพราะการเข้าถึงข้อมูลการติดต่อสื่อสารจะกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งใช้อำนาจบริหาร หากให้ฝ่ายบริหารด้วยตนเองเป็นผู้อนุญาตให้เข้าถึงข้อมูลการติดต่อสื่อสาร ก็อาจก่อให้เกิดความไม่มั่นใจว่าฝ่ายบริหารจะคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลมากนักน้อยเพียงใด กรณีดังกล่าวนี้จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการตรวจสอบอย่างยิ่ง เนื่องจากทำให้การตรวจสอบขาดประสิทธิภาพโดยสิ้นเชิง ศาลยุติธรรมซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการจึงเป็นองค์กรที่เหมาะสมที่จะทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจในการเข้าถึงข้อมูลของฝ่ายบริหารในฐานะผู้อำนวยความยุติธรรม

ปัจจุบันการตรวจสอบการเข้าถึงข้อมูลโดยศาลยุติธรรมได้กระจายออกไปตามหน่วยงานต่างๆ ตามหลักการแบ่งอำนาจ เพราะเป็นการสนับสนุนไม่ให้มีการตั้งหน่วยงานใหม่และไม่ควรมอบให้หน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งรับผิดชอบ แต่ควรให้แต่ละหน่วยงานควบคุมการใช้อำนาจกันเอง โดยให้มีการตรวจสอบกลั่นกรองตามลำดับชั้นการบังคับบัญชา เนื่องจากแต่ละหน่วยงานต่างก็มีทักษะและความชำนาญในการตรวจสอบภายใต้อำนาจหน้าที่ของตนอยู่แล้ว จึงทำให้การตรวจสอบมีประสิทธิภาพมากขึ้น

สำหรับการควบคุมตามบทบัญญัติของข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงข้อมูลทางโทรศัพท์ของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้¹⁰⁸ ได้วางหลักเกณฑ์ไว้พระราชบัญญัติการดักข้อมูลและการใช้เครื่องมือรับและจับคลื่นทางโทรคมนาคม มาตรา 10 สรุปได้ดังนี้

ส่วนที่ 1

1) ข้อเท็จจริงว่าการควบคุมได้เป็นประเด็นในความหมายของการเข้าถึงข้อมูล (มาตรา 4) ผู้พิพากษาต้องพิจารณาคำร้องขอในโอกาสตามประเด็นการควบคุมเสริม ซึ่งผู้ให้บริการที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดหาข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการโทรศัพท์ เป็นสิ่งสำคัญซึ่งต้องดำเนินการต่อไปตามส่วนสำคัญ สำหรับช่วงเวลาที่ได้ให้กำหนดไว้

2) ผู้ให้บริการหรือข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับทางโทรศัพท์และการควบคุมเสริมที่ได้อ้างถึงในข้อ 1) มาแล้ว จำต้องพิจารณาถึงการติดต่อสื่อสารทั้งหมดซึ่งได้รับรวมทั้งการจับคลื่นทางโทรคมนาคมในความหมายของพระราชบัญญัตินี้ คือ 2.1) เส้นทางการข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการโทรศัพท์ที่ได้กำหนดการควบคุมเสริมต่อมาได้กำหนดศูนย์กลาง ของศูนย์เครื่องมือรับและจับคลื่น

¹⁰⁸ วันชัย รุจนวงศ์ และ คณะ. (2548). การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ (ระยะที่2) : เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ. หน้า 164.

โทรคมนาคมที่เกี่ยวข้องหรือ 2.2) การจัดหาข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการโทรศัพท์ที่ได้กำหนดการควบคุมเสริม ที่เกี่ยวข้องกับผู้ปฏิบัติของสำนักงานตำรวจ , Defense force , หน่วยงาน , สำนักงานหรือ Directorate

3) มาตรา 3 และ 4 (3) , 4(4), 4(5) และ 4(6) หากมีการร้องขอเปลี่ยนแปลงตามที่จำเป็นในรายละเอียดของคำร้องขอ สำหรับข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการโทรศัพท์ และประเด็นของข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการโทรศัพท์ ประกอบกับการควบคุมที่ได้อ้างถึงในวรรค 1) ได้จัดหาซึ่งการควบคุมเสริมนี้จะสิ้นสุด เมื่อช่วงระยะเวลาหรือช่วงระยะเวลาที่ได้ขยายสำหรับข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการโทรศัพท์นั้นได้สิ้นสุดลง รวมถึงการควบคุมได้ที่เกี่ยวข้องกับประเด็นของการสิ้นสุดด้วย

ส่วนที่ 2

1) ข้อเท็จจริงซึ่งไม่อาจถูกควบคุมได้ ที่เป็นประเด็นของการเข้าถึงข้อมูลในความหมายของมาตรา 4 ในกรณีเฉพาะที่ผู้พิพากษาต้องดำเนินการเกี่ยวกับคำร้องขอ ถ้าเพียงข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการโทรศัพท์ยังคงดำเนินต่อไปตามหลัก โดยไม่มีเครื่องมือรับและจับคลื่นทางโทรคมนาคมของการติดต่อสื่อสาร หากตามที่เป็นอยู่ในปัจจุบันได้ถูกร้องขอโดยตรงต่อผู้ให้บริการที่เกี่ยวข้อง คือ

1.1) เส้นทางข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการโทรศัพท์ได้กำหนดในการควบคุมได้ที่เกี่ยวข้องกับการได้กำหนดศูนย์กลางของศูนย์เครื่องมือรับและจับคลื่นทางโทรคมนาคมที่เกี่ยวข้อง

1.2) การจัดการข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการโทรศัพท์ได้กำหนดการควบคุมได้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ปฏิบัติตามสำนักงานตำรวจ Defense Force หน่วยงาน สำนักงาน หรือ Directorate

2) การควบคุมที่ได้อ้างถึงนั้น จะเป็นประเด็นเพียงทำให้ผู้พิพากษาพอใจในข้อเท็จจริงที่ได้กล่าวอ้างมาในคำร้องขอว่า มีพื้นฐานของเหตุผลที่เชื่อว่าการรวบรวมข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการโทรศัพท์เป็นความจำเป็นในการสืบสวนเกี่ยวกับ

2.1) การกระทำความผิดร้ายแรงหรือถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดร้ายแรง

2.2) การขู่เข็ญหรือถูกกล่าวหาว่าขู่เข็ญต่อความมั่นคงหรือการใช้กำลังบังคับอันใดต่อผลประโยชน์ของชาติ

3) มาตรา 3 และ 4(3) , 4(4), 4(5) และ 4(6) ซึ่งร้องขอเปลี่ยนแปลงตามที่จำเป็นในรายละเอียดของคำร้องขอ สำหรับข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการโทรศัพท์ และประเด็นของข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการโทรศัพท์

ส่วนที่ 3

คุณค่าเหนือกว่าการดำเนินวิธีพิจารณาความตามที่เกี่ยวกับบทบัญญัติเรื่องข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับทางโทรศัพท์ หากไม่ได้ทำให้หมดข้อสงสัยว่า ข้อมูลข่าวสารที่ได้รับเช่นนั้นเกี่ยวกับบุคคล สมาคม หรือองค์กรใดๆ เกี่ยวข้องตามที่ได้พิจารณาได้ตามความในพระราชบัญญัติอื่นๆอย่างไร รวมทั้งได้บัญญัติไว้ว่า ข้อมูลข่าวสารเช่นนั้นซึ่งได้รับในความหมายของพระราชบัญญัตินั้นจะต้องได้รับตามความต่อเนื่องในส่วนที่สำคัญด้วย

3.4.4 การเก็บรักษาข้อมูลข่าวสารที่ได้รับจากการเข้าถึงข้อมูล

การพิจารณาการเก็บรักษาข้อมูลข่าวสารที่ได้รับโดยผู้ให้บริการนั้น โดยทั่วไปหากข้อมูลข่าวสารที่ได้มาเป็นถ้อยคำหรือเสียงการสนทนาก็จะทำให้ทำเสียงการสนทนาดังกล่าวเป็นลายลักษณ์ด้วยเครื่องมือทางเทคโนโลยีแล้วแต่กรณี แต่เป็นภาษาต่างประเทศ หรือรหัสที่จำเป็นต้องแปลความหมาย ก็ให้เจ้าพนักงานหรือผู้เชี่ยวชาญดำเนินการแปลความหมาย และเมื่อได้การเก็บรักษาข้อมูลข่าวสารที่ได้มาแล้ว ให้เจ้าหน้าที่จัดทำรายงานบันทึกข้อมูลข่าวสาร เกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมของบุคคล ที่วิเคราะห์ได้จากการบันทึกข้อมูลนั้นๆ หากข้อมูลดังกล่าวไม่มีประโยชน์ในการสืบสวนการกระทำความผิด ก็สมควรแก่การทำลายโดยอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของเจ้าหน้าที่รัฐด้วย

หลักเกณฑ์ที่ได้กล่าวมานี้ มีลักษณะที่คล้ายคลึงกันในหลายประเทศ เนื่องจากมีวัตถุประสงค์ในทางกฎหมายที่ใกล้เคียงกัน คือ การสร้างหลักประกันของสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลในกรณีเป็นผู้ถูกระทำการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร โดยการดักฟังนั่นเอง ในส่วนของข้อมูลข่าวสารที่ได้รับและเก็บรักษาโดยผู้ให้บริการของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้¹⁰⁹ ได้วางหลักเกณฑ์ไว้พระราชบัญญัติการดักข้อมูลและการใช้เครื่องมือรับและจับคลื่นทางโทรคมนาคม มาตรา 11 ซึ่งสรุปสาระสำคัญได้ดังต่อไปนี้

1) ผู้ให้บริการต้อง

1.1) ก่อนที่บุคคล สมาคม องค์กร เข้าไปทำสัญญาเกี่ยวกับบุคคลใดๆ ตามบทบัญญัติของการบริการโทรคมนาคม หากบุคคลเช่นว่านั้น 1.1.1) หากเป็นกรณีของบุคคลธรรมดา ให้ระบุ ชื่อและนามสกุลจริง สถานที่อยู่ ธุรกิจหรือที่อยู่ทางไปรษณีย์ และหมายเลขบัตรประชาชน หรือ 1.1.2) หากเป็นกรณีของนิติบุคคลหรือองค์กรอื่นใด ให้ระบุ ชื่อธุรกิจ และที่อยู่กรณีจดทะเบียนตามกฎหมายอื่น หมายเลขที่ได้จดทะเบียน และ 1.1.3) ข้อมูลข่าวสารอื่นใดซึ่งผู้ให้บริการเชื่อว่าเป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องการ

¹⁰⁹ Republic of South Africa. Op.cit. P. 20-21.

1.2) เพื่อให้แน่ใจว่า การบันทึกข้อมูลมีความเหมาะสม 1.2.1) ข้อมูลข่าวสาร ได้อ้างถึงในวรรค 1.1) และที่ได้ร้องขอ การเปลี่ยนแปลงข้อมูลข่าวสารใดซึ่งได้นำไปสู่การดูแลของผู้ให้บริการและ 1.2.2) สมาชิกที่ได้ถูกกำหนดไว้ในตำแหน่งของบุคคล ที่มีหน้าที่ในการเก็บรักษา

2) ผู้ให้บริการต้องจัดเตรียมข้อมูลข่าวสารเช่นว่านั้น ที่มีความเกี่ยวข้องกับลูกค้าให้แก่สำนักงานตำรวจ , Defense Force , หน่วยงาน , สำนักงาน หรือ Directorate ตามที่ได้รับการร้องขอ โดยเจ้าหน้าที่หรือสมาชิกที่ได้อ้างถึงในมาตรา 3(1) 1.1) หรือ 1.2) ดำเนินการตามหน้าที่และการปฏิบัติซึ่งเป็นอำนาจที่ได้รับมอบหมายโดยชอบด้วยกฎหมาย

3) ภาระหน้าที่ในความหมายของมาตรา 11 (2) รวมถึงบทบัญญัติของข้อมูลข่าวสารที่ได้อ้างถึงในอนุมาตรา (ก) 1.1) ในเรื่องความเกี่ยวข้องกับบุคคล คือ

3.1) บุคคลสมาคม หรือองค์การ ซึ่งผู้ให้บริการได้เข้าไปเกี่ยวข้องในสัญญาตามบทบัญญัติของการบริการโทรคมนาคมหรือ

3.2) บุคคลซึ่งได้จ่ายค่าบริการโทรคมนาคมก่อนใช้บริการ ได้จัดเตรียมไว้ ถ้าข้อมูลข่าวสารนั้นมีความสำคัญ

3.4.5 การรับฟังพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญา

การพิจารณาเรื่องการใช้ข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูลในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญานั้น สำหรับประเทศไทยสามารถทำได้ในรูปของการร้องขอพยานหลักฐานเพิ่มเติมโดยเจ้าหน้าที่ ที่ทำการเข้าถึงข้อมูลตามพระราชบัญญัติทั่วไปนั้น จึงทำให้การร้องขอหลักฐานเพื่อการพิจารณาดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้ มาตรา 226 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กล่าวคือ การค้นหาพยานหลักฐานเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายก็สามารถอ้างเป็นพยานหลักฐานได้

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ ถ้ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่บัญญัติหลักเกณฑ์ในการเข้าถึงข้อมูลย่อมทำให้การปฏิบัติตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินไปด้วยความยากลำบากเกินสมควร เพราะการรอให้ข้อเท็จจริงทางกฎหมายที่เกิดขึ้น เป็นคดีที่สามารถมีคำสั่งให้เข้าถึงข้อมูลได้ย่อมใช้เวลานาน อาจทำให้พยานหลักฐานสูญหายได้ เนื่องจากเทคโนโลยีในปัจจุบันมีความก้าวหน้าอย่างมากผู้กระทำความผิดสามารถใช้ได้อย่างอิสระ แต่การดำเนินกระบวนการทางกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กลับไม่การบัญญัติอนุญาติให้มีการเข้าถึงข้อมูล โดยอ้างว่าเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเกินสมควร ทั้งที่ควรจะกระทำได้ตามหลักการซึ่งนำหนักส่วนได้ส่วนเสียของบุคคล กรณีดังกล่าวย่อมทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้รักษาความยุติธรรมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

สำหรับสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ได้วางหลักเกณฑ์เรื่องการใช้ข้อมูลข่าวสารในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญาไว้¹¹⁰ ตามพระราชบัญญัติการดักข้อมูลและการใช้เครื่องมือรับและจับคลื่นทางโทรคมนาคม โดยแยกเป็นมาตราทางกฎหมายซึ่งอาจอธิบายหลักเกณฑ์ได้ดังต่อไปนี้

1) มาตรา 12 กรณีของคำสั่งตามที่ร้องขอ กล่าวคือ

1.1) ผู้พิพากษาโดยลำดับที่ได้รับการแต่งตั้งโดยประธานของศาลสูง จำต้องได้ร่วมพิจารณาในประเด็นเกี่ยวกับคำสั่งตามคำร้องขอเกี่ยวกับวิธีการและขั้นตอนในการเข้าถึงข้อมูลตามความหมายของมาตรา 3(1) และ 4(4) ที่เป็นแบบเดียวกันกับที่ได้กำหนดไว้

1.2) ถ้าผู้พิพากษาพิจารณาคดีในกรณีที่จำเป็นเร่งด่วน โดยขั้นตอนได้เป็นไป ความมุ่งหมายในข้อ 1.1) ก็ต้องได้จัดการตามความเร่งด่วน และเนื้อหาของคำร้องต้องเกี่ยวกับวิธีการที่เร่งด่วนและเป็นไปตามเงื่อนไขที่ทำให้เชื่อได้ว่าเป็นวิธีการที่เหมาะสม ตามความเหมาะสมของแต่ละคดี การพิจารณาคำร้องขออาจทำได้ด้วยวาจาและคำสั่งอนุญาตด้วยวาจาได้ และหากมีการควบคุมด้วยวาจาตามที่ได้กล่าวมานี้จะต้องออกหมายภายในเวลา 48 ชั่วโมง

2) มาตรา 13 กรณีการใช้ข้อมูลข่าวสารในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาทางอาญากล่าวคือ

2.1) การใช้ข้อมูลข่าวสารใดที่ได้รับการร้องขอตามพระราชบัญญัตินี้หรือตามพระราชบัญญัติอื่นที่เหมือนกันในเมืองอื่นๆ พยานหลักฐานในการฟ้องร้องใด เป็นพยาน หลักฐานที่ได้ตัดสินใจของหัวหน้า Directorate , ผู้อำนวยการของพนักงานอัยการ หรือผู้อำนวยการสืบสวน ได้เป็นไปตามความมุ่งหมายในพระราชบัญญัติการฟ้องคดีอาญาของชาติ ก็สามารถใช้อ้างอิงข้อมูลดังกล่าวในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาทางอาญาได้

2.2) ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญา ได้รับโดยความหมายของการเข้าถึงข้อมูลโดยการดักสัญญาณ หรือเครื่องมือรับและจับคลื่นทางโทรคมนาคมในความหมายของพระราชบัญญัตินี้หรือพระราชบัญญัติอื่นที่เหมือนกันในเมืองอื่นๆ จะต้องได้รับอนุญาตให้นำพยานหลักฐานเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญาได้ก่อน จึงจะสามารถใช้ในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาทางอาญาได้

3) มาตรา 14 กรณีเรื่องการเก็บรักษาข้อมูลให้เป็นความลับ

3.1) ห้ามบุคคลซึ่งเป็นหรือได้เคยเกี่ยวข้องในการปฏิบัติตามตำแหน่งหน้าที่อื่นใดในความหมายของพระราชบัญญัตินี้ อาจเปิดเผยข้อมูลข่าวสารใดซึ่งเขาได้รับในการปฏิบัติตามหน้าที่ เช่นนั้น เว้นแต่กรณีดังต่อไปนี้ที่ต้องเก็บรักษาข้อมูลให้เป็นความลับ คือ

¹¹⁰ Republic of South Africa. a Ibid. P. 21-24.

3.1.1) บุคคลอื่นใดซึ่งมีความจำเป็นร้องขอเพื่อการปฏิบัติตามหน้าที่ในความหมายของพระราชบัญญัตินี้

3.1.2) ถ้าผู้ปฏิบัติตามหน้าที่เป็นบุคคลซึ่งมีความจำเป็นของผู้แทนในการปฏิบัติตามหน้าที่ในความหมายของพระราชบัญญัตินี้

3.1.3) เป็นข้อมูลข่าวสารซึ่งได้ถูกร้องขอในความหมายของกฎหมายอื่นหรือพยานหลักฐานในศาลของกฎหมายอื่น

3.1.4) มีอำนาจอื่นใดที่เพียงพอว่า การร้องขอข้อมูลข่าวสารสำหรับหน่วยงานหรือการสืบสวนกับการกิจของหน่วยงานของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญา

3.2) ห้ามลูกจ้างของผู้ให้บริการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารใดซึ่งได้รับ ในช่วงระยะเวลาที่อยู่ในระหว่างการจ้างและซึ่งได้เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามหน้าที่ในความหมายของพระราชบัญญัตินี้ แม้ว่าลูกจ้างนั้นได้เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามหน้าที่หรือไม่ก็ตาม เว้นแต่จุดมุ่งหมายที่ได้กล่าวอ้างในข้อ 3.1)

4) มาตรา 15 กรณีความผิดและโทษปรับ

4.1) บุคคลใดซึ่งกระทำการผิดกฎหมายในมาตรา 2(1) หรือ 14 เป็นการกระทำที่เป็นความผิดและต้องรับผิดชอบตามคำพิพากษา ดังนี้คือ ในกรณีที่กระทำความผิดกฎหมาย ตามมาตรา 2 (1) มีโทษปรับหรือลงโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือในกรณีที่กระทำความผิดกฎหมาย ตามมาตรา 14 มีโทษปรับหรือลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี

4.2) ผู้ให้บริการซึ่ง

4.2.1) ทำให้ล้มเหลวหรือปฏิเสธ การกระทำ หรือการช่วยเหลือการดำเนิน การควบคุมที่ได้กำหนดในความหมายของมาตรา 4 หรือ 10(2) หรือเสริมการควบคุมที่ได้กำหนดในมาตรา 10 (1)

4.2.2) ทำให้ล้มเหลวหรือปฏิเสธการควบคุมตามความหมายของมาตรา 7(4)

4.2.3) กระทำผิดกฎหมายตามมาตรา 7(1) , 8(3) หรือ 11(2)

4.2.4) กระทำผิดกฎหมายตามมาตรา 11(1)

เป็นการกระทำที่เป็นความผิดและต้องรับผิดชอบตามคำพิพากษาในกรณีดังต่อไปนี้ คือ ในกรณีที่กระทำความผิดกฎหมายที่ได้อ้างถึงในวรรค (ก) (ข) และ (ค) มีโทษปรับไม่เกิน 1,000,000 R นอกจากนี้ยังมีโทษปรับไม่เกิน 50,000 R ในแต่ละวันระหว่างที่ยังคงล้มเหลวหรือปฏิเสธ หรือกระทำความผิดกฎหมายต่อเนื่องกันไป และในกรณีที่กระทำความผิดกฎหมายที่ได้อ้างถึงในวรรค (ง) มีโทษปรับไม่เกิน 200,000 R

4.3) อย่างไรก็ตามสิ่งใดที่ขัดต่อบทบัญญัติในกฎหมายอื่น ซึ่งได้เป็นส่วนประกอบศาล magistrate จะกำหนดค่าปรับตามที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ได้

4.4) ห้ามบุคคลซึ่งได้รับความไว้วางใจที่ช่วยเหลือบุคคลอื่นใด เพื่อปฏิบัติการตามคำสั่ง และมีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่าทำให้บุคคลอื่นนั้นกำลังกระทำการตามคำสั่งนั้น จะต้องรับผิดและการถูกดำเนินคดีในการกระทำที่มีความผิดกฎหมายตามมาตรา 2 (1)

บทที่ 4

การเข้าถึงข้อมูลในการสอบสวนคดีอาญาตามกฎหมายไทย

หัวใจของการดำเนินคดีอาญา คือการพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาหรือจำเลย เพื่อเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ และกระบวนการที่สำคัญที่สุดในการดำเนินคดีอาญา อยู่ในขั้นตอนของการสืบสวนสอบสวน ซึ่งกระบวนการสืบสวนสอบสวนนั้นถือเป็นจุดเริ่มต้นและเป็นจุดที่ควบคุมถึงผลสุดท้ายในการเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมาย และการที่จะดำเนินกระบวนการสอบสวนได้อย่างมีประสิทธิภาพก็คือ การรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำความผิด ซึ่งกรณีนี้ย่อมรวมถึงการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของผู้กระทำความผิดด้วย

4.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงข้อมูล

จากแนวความคิดที่ต้องการประกันสิทธิของผู้ที่จะเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาว่า จะต้องได้รับความยุติธรรมที่แท้จริง จึงได้เกิดการค้นหาระบบที่สามารถประกันความยุติธรรมให้แก่คู่ความในคดีได้มากที่สุด ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวนี้ได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาตามบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ 4, 5 และ 6¹¹¹ อันเป็นที่มาของ “หลักการพิจารณาคดีเท่าเทียมกัน (Fair Trial)” ซึ่งกำหนดให้รัฐต้องสร้างกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่สามารถยอมรับได้ของสังคม ทั้งในด้านรูปแบบและเนื้อหาที่สามารถตรวจสอบความถูกต้องได้

หลักการสำคัญในการกำหนดรูปแบบของการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสาร คือ รัฐจะต้องสร้างกระบวนการยุติธรรมทางคดีอาญาในรูปแบบที่คู่ความในคดี มีความเท่าเทียมกัน โดยปกติแล้วศาลจะเป็นองค์กรกลางทำหน้าที่ดูแลกระบวนการทุกขั้นตอนที่เกิดขึ้น ซึ่งขั้นตอนทุกอย่างจะต้องสามารถตรวจสอบจากทั้งสองฝ่ายได้ อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์และความเท่าเทียมกันของการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารยังไม่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หลักเกณฑ์ที่ใช้ในปัจจุบันเป็นเพียงหลักเกณฑ์กว้างๆเท่านั้น ดังนั้นจึงขออธิบายถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ควรจะเป็นก่อนการบัญญัติมาตรการในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสาร ดังต่อไปนี้

¹¹¹ กระมล ทองธรรมชาติ และ สมบูรณ์ สุขสำราญ. (2513). *เรื่องน่ารู้เกี่ยวกับการปกครองและรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา*. หน้า 68.

4.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารไว้ในมาตรา 36 ที่ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อกันรวมทั้งการกระทำด้วยประการอื่นใด เพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลมีติดต่อกัน จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่รัฐธรรมนูญก็ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือวิธีการเข้าถึงข้อมูลไว้ คงกล่าวแต่เพียงสิทธิเสรีภาพที่สามารถเข้าถึงข้อมูลได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น ดังนั้นในทางปฏิบัติ ผู้ใช้กฎหมาย เช่น ศาลยุติธรรม ย่อมต้องแปลความตามบทบัญญัติของกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญที่กำหนดสิทธิเสรีภาพไว้ หากมีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ก็จะส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

1) หลักเกณฑ์ทั่วไปของการเข้าถึงข้อมูล

ดังได้กล่าวไว้แล้วว่า รัฐธรรมนูญก็ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือวิธีการเข้าถึงข้อมูลไว้ คงกล่าวแต่เพียงสิทธิเสรีภาพที่สามารถเข้าถึงข้อมูลได้ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 36 ได้บัญญัติไว้ว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อกันรวมทั้งการกระทำด้วยประการอื่นใด เพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลมีติดต่อกัน จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

เมื่อกรณีไม่สามารถพิจารณาหลักเกณฑ์การเข้าถึงข้อมูลตามรัฐธรรมนูญได้ จึงต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่ตราออกมานั้นจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเหตุให้ไม่อาจใช้บังคับกฎหมายฉบับนั้นๆ ได้หรือไม่ การขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ อาจพิจารณาได้เป็น 2 ประการคือ

- 1) เป็นกรณีที่ขึ้นตอนหรือกระบวนการออกกฎหมายไม่ชอบและขัดต่อรัฐธรรมนูญ
- 2) เนื้อหาของกฎหมายฉบับนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ¹¹²

¹¹² พิสิฐ ธรรมกุล. (2545, 25 พฤศจิกายน). “หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 9500/2542.” สำนักงานศาลยุติธรรม ระบบสำนักเทคโนโลยีสารสนเทศคำพิพากษาศาลฎีกา. หน้า 5.

2) การใช้เหตุอันควรสงสัยตามสมควรในการเข้าถึงข้อมูล

การพิจารณาเหตุอันควรสงสัยตามสมควรในการเข้าถึงข้อมูลตามรัฐธรรมนูญนั้น จะพิจารณาตามหลักความเป็นจริงที่เหมาะสม กล่าวคือ ต้องมีพฤติการณ์ที่เชื่อได้อย่างยิ่งว่า ได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น หรืออาจจะเกิดการกระทำความผิดนั้นๆ ได้อย่างแน่แท้ ซึ่งหลักการดังกล่าว มักจะบัญญัติไว้ในกฎหมายลำดับรอง เช่น พระราชบัญญัติต่างๆ เพราะต้องการให้กฎหมายที่ให้อำนาจมีความชัดเจนมากขึ้น และเป็นหลักประกันในการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมทั้งการรักษาความมั่นคงของรัฐด้วย ตัวอย่างการใช้เหตุอันควรสงสัยตามสมควรในการเข้าถึงข้อมูล ในกฎหมายลำดับรอง เช่น พระราชบัญญัติการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 (พ.ศ.2545) ที่วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ต้องมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีการกระทำความผิดหรือจะได้มีการกระทำความผิดนั้น และหากได้มีการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวแล้ว ย่อมมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า จะได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดจากการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารนั้นๆ แต่ทั้งนี้ต้องไม่วิธีการอื่นใดที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพมากกว่านี้ได้ เป็นต้น

3) ผู้มีอำนาจเข้าถึงข้อมูล

การคัดเลือกผู้มีอำนาจในการเข้าถึงข้อมูลนั้น โดยทั่วไปจะพิจารณาจากคุณวุฒิ วิทยุติ ความประพฤติและประสบการณ์ พร้อมกันไป ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันว่า ผู้ที่กระทำการเข้าถึงข้อมูลจะใช้อำนาจที่ตนมีในทางที่ชอบด้วยกฎหมาย และเพื่อให้สอดคล้องกับหลักคิดที่ว่า ผู้ที่พร้อมด้วยคุณวุฒิและวิทยุติย่อมไม่กระทำตามอำเภอใจ อย่างไรก็ตาม กฎหมายพิเศษบางฉบับก็ได้วางหลักเกณฑ์ของผู้มีอำนาจเข้าถึงข้อมูลตามหลักคิดดังกล่าวไว้บ้างแล้ว เช่น พระราชบัญญัติการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 (พ.ศ.2545) ได้กล่าวถึงผู้มีอำนาจเข้าถึงข้อมูลไว้ว่า กรณีที่เจ้าพนักงานที่ได้รับอนุมัติจากเลขาธิการเป็นหนังสือแล้ว อาจยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเพื่อพิจารณา และมีคำสั่งอนุญาตให้ตนสามารถกระทำการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่จำเป็นต่อการค้นหาความจริงในคดีต่อไป

4) วิธีการเข้าถึงข้อมูล

วิธีการเข้าถึงข้อมูลตามรัฐธรรมนูญไม่ได้กล่าวไว้ แต่โดยทั่วไปแล้ว ลักษณะของการเข้าถึงข้อมูลจะไม่มี ความแตกต่างกันเท่าใดนัก กล่าวคือ ไม่ว่าจะใช้วิธีการใดในการเข้าถึงข้อมูล ย่อมมีจุดร่วมเดียวกันคือ การกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด และไม่ว่าจะใช้วิธีการใดๆ การเข้าถึงข้อมูลก็ต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่จะเกิดกับบุคคลในการเข้าถึงข้อมูลนั้นด้วย ดังนั้น กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงข้อมูล จึงมักจะกำหนดให้การเข้าถึงข้อมูลในแต่ละครั้งมีเงื่อนไข ให้ผู้ใช้อำนาจเข้าถึงข้อมูลต้องปฏิบัติตามเสมอ เช่น การอนุญาตของอธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา ตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ที่ให้ผู้มีอำนาจ

เข้าถึงข้อมูล สามารถกระทำการเข้าถึงข้อมูลได้คราวละไม่เกิน 90 วัน โดยอาจจะกำหนดเงื่อนไขอื่นใดเสริมก็ได้

5) การจัดเก็บข้อมูลที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูล

กรณีการจัดเก็บข้อมูลที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูลจะพิจารณาตามระเบียบภายในของแต่ละหน่วยงาน โดยระเบียบภายในเหล่านั้นจะมีพื้นฐานการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพมาจากรัฐธรรมนูญส่งผ่านมาในรูปแบบของพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจในแต่ละหน่วยงาน ซึ่งกรณีนี้จะเก็บรักษาในรูปแบบของไฟล์ข้อมูลหรือเทปบันทึกเสียงเพื่อใช้ประโยชน์ในการสืบสวนและใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีเท่านั้น หากเป็นข้อมูลอื่น ๆ ที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับที่กล่าวมานี้ต้องทำลายทิ้งทั้งหมด

4.1.2 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547

ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ว่าสิทธิเสรีภาพในรัฐธรรมนูญย่อมได้รับการคุ้มครอง แต่ก็มีขอบเขตตามที่กฎหมายบัญญัติ มิใช่ว่าจะได้รับการคุ้มครองทุกเรื่อง สิ่งใดที่จะต้องมีการกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนย่อมกระทำได้ตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจในการบัญญัติกฎหมายไว้ ซึ่งถือว่าเป็นกรณียกเว้นจากหลักเกณฑ์ทั่วไป โดยเฉพาะในเรื่องการปราบปรามอาชญากรรมเป็นปัญหาของสังคม การบัญญัติกฎหมายเพื่อการปราบปรามอาชญากรรมซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการแก้ไขปัญหาสังคม ย่อมทำให้สังคมได้รับประโยชน์ โดยประชาชนจะได้รับความคุ้มครองตามหลักพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ แม้จะกระทบถึงสิทธิเสรีภาพบ้าง แต่ก็เพื่อให้สังคมดำรงอยู่อย่างสงบสุข

มาตรการพิเศษในเรื่องการเข้าถึงข้อมูลจึงถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีแทนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนื่องจาก ปัญหาการแก้ประมวลกฎหมายที่ไ้ระยะเวลานาน หากปล่อยให้สถานภาพอาชญากรรมในสังคมปัจจุบันที่ทวีความรุนแรงและมีความสลับซับซ้อนของการทำความผิดมากขึ้น โดยปราศจากการควบคุมย่อมเป็นผลเสียแก่สังคมอย่างแน่แท้ แต่อย่างไรก็ตามการบัญญัติกฎหมายที่เป็นพระราชบัญญัติอย่างเดียวย่อมขาดรากฐานทางความคิดในการคุ้มครองสิทธิอย่างเป็นลำดับ เพราะกรณีอาจเกิดปัญหาดังที่กล่าวไว้แล้วว่า ฐานความผิดบางฐานไม่อาจถึงขั้นเป็นคดีพิเศษแต่กรณีก็มีความจำเป็นที่จะต้องใช้มาตรการพิเศษในการเข้าถึงข้อมูล มิฉะนั้นก็จะไม่สามารถค้นหาพยานหลักฐานในการนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้เลย

การใช้วิธีการเข้าถึงข้อมูลตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษนั้น ต้องพิจารณาในเรื่องขอบเขตอำนาจตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ก่อนเสมอ เพราะกรณีจะใช้การเข้าถึงข้อมูลตาม

พระราชบัญญัตินี้ได้จำเป็นต้องเป็นคดีพิเศษตามพระราชบัญญัตินี้เท่านั้น อาชญากรรมที่เข้าเงื่อนไข เป็นคดีพิเศษคือ พ.ร.บ. การสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มาตรา 21 ได้อธิบายหลักเกณฑ์โดย แบ่งเป็น 2 ประเภท ดังนี้

1) คดีพิเศษที่มีลักษณะ เช่น อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ หรืออาชญากรรมซึ่งมี ผลกระทบรุนแรงต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน หรือ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือระบบเศรษฐกิจ การคลังของประเทศหรือคดีอาญาที่มีผู้มี อิทธิพลเป็นผู้ร่วมในการกระทำความผิด รวมทั้งอาชญากรรมที่เป็นองค์กรอาชญากรรมและ อาชญากรรมข้ามชาติด้วย ซึ่งอาชญากรรมที่เป็นคดีพิเศษนี้จะให้ผลตอบแทนแก่ผู้ประกอบ อาชญากรรมอย่างมาก โดยมีวิธีการหรือลักษณะของการกระทำความผิดมีความซับซ้อนยากที่ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะเข้าถึงผู้เป็นตัวการเพื่อนำมาดำเนินคดี ทั้งนี้เพราะขาดความรู้ความเชี่ยวชาญและ เทคนิคเฉพาะด้านในการสืบสวนเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานสำหรับการดำเนินคดี นอกจากนี้แล้ว คดีพิเศษจะต้องเป็นคดีอาญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ท้าย พระราชบัญญัติ และที่กำหนดไว้ใน กฎหมายกระทรวงโดยการเสนอแนะของ กคพ. ซึ่งปัจจุบันมีการกำหนดคดีพิเศษไว้แล้วทั้งสิ้น 27 ความผิด ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

2) คดีพิเศษที่กำหนดโดยคณะกรรมการคดีพิเศษ¹¹³ ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวจะทำการ ประชุมว่าคดีใดที่ควรเป็นคดีพิเศษและต้องมีการลงมติโดยคณะกรรมการคดีพิเศษด้วยคะแนนเสียง ไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของคณะกรรมการที่มีอยู่ โดยคดีพิเศษในประเภทนี้ไม่ใช่คดีที่บัญญัติในท้าย พระราชบัญญัติแต่เป็นคดีที่อาญาทั่วไป ที่อาจเป็นคดีที่ประชาชนให้ความสนใจหรือเป็นคดีที่ กระทบศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งการพิจารณาคดีพิเศษในกรณีนี้จึงพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไป โดยอาศัยนิติวิธีในการพิจารณา เช่น คดีอุ้มฆ่าทนายสมชาย นีละไพจิตร คดีอิทธิพล คดีอาชญา กรรมที่มีความยุ่งยากในการแสวงหาพยานหลักฐาน หรือคดียาเสพติดเฉพาะรายใหญ่ เป็นต้น แต่ กรณีอาจมีความล่าช้าเกินไปเพราะต้องมีการลงมติโดยคณะกรรมการคดีพิเศษก่อน อาจทำให้ พยานหลักฐานบางส่วนขาดหายไป ทั้งๆที่สามารถใช้วิธีการเข้าถึงข้อมูลได้ตั้งแต่ต้น

¹¹³ คณะกรรมการคดีพิเศษประกอบด้วย “กรรมการโดยตำแหน่งจำนวน 9 คนได้แก่นายกรัฐมนตรีเป็น ประธาน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นรองประธาน ปลัดกระทรวงยุติธรรม ปลัดกระทรวงการคลัง ปลัดกระทรวงมหาดไทย ปลัดกระทรวงพาณิชย์ อัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติเลขาธิการ คณะกรรมการกฤษฎีกา เจ้ากรมพระธรรมนูญ ผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทยและนายกสภานายความ นอก ตาคนี้ยังมีกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่รัฐมนตรีแต่งตั้งจำนวน 9 คนซึ่งเป็นบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้าน เศรษฐศาสตร์ การเงินการธนาคาร เทคโนโลยีสารสนเทศหรือกฎหมายอย่างน้อยด้านละ 1 คนรวมเป็น คณะกรรมการคดีพิเศษจำนวน 18 คน”

1) หลักเกณฑ์ทั่วไปของการเข้าถึงข้อมูล

การพิจารณาหลักเกณฑ์ทั่วไปของการเข้าถึงข้อมูลของพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 คือมาตรา 25 ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า เอกสารหรือข้อมูลข่าวสารอื่นใดซึ่งส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ โทรสาร คอมพิวเตอร์ เครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการสื่อสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศใด ถูกใช้หรืออาจถูกใช้ เพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษพนักงานสอบสวนคดีพิเศษซึ่งได้รับอนุมัติจากอธิบดีเป็นหนังสือจะยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารดังกล่าวก็ได้ . . .

หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้มีที่มาจากการสัมมนาเรื่องมาตรการทางกฎหมายในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร¹¹⁴ ซึ่งมีความเห็นว่าประเทศไทยยังขาดแคลนมาตรการทางกฎหมายที่จะให้อำนาจเจ้าพนักงานสามารถเข้าถึงข้อมูลในการติดต่อสื่อสารถึงกันได้ ทำให้การรวบรวมพยาน หลักฐานเพื่อการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดรายสำคัญอยู่ภายใต้ข้อจำกัดทางด้านเทคโนโลยี หากไม่มีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลยิ่งจะทำให้การดำเนินคดีกับอาชญากรมีปัญหาและอุปสรรคในการรวบรวมพยานหลักฐานยิ่งขึ้น นอกจากนั้นการมีกฎหมายลักษณะนี้ยังจะช่วยควบคุมเจ้าพนักงานไม่ให้เข้าถึงข้อมูลอย่างเกินขอบเขตและควบคุมไม่ให้เจ้าพนักงานนำข้อมูลไปใช้ในทางไม่ชอบอีกทางหนึ่งด้วย

และจากแนวความคิดดังกล่าวทำให้มีการเสนอร่างกฎหมาย ซึ่งในที่สุดที่ที่มีความเห็นว่าจะไม่ควรมีการตั้งหน่วยงานใหม่ เพราะเป็นการสิ้นเปลืองงบประมาณและไม่สอดคล้องกับมติคณะรัฐมนตรีที่ไม่สนับสนุนให้มีการตั้งหน่วยงานใหม่ อีกทั้งไม่ควรมอบให้หน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งรับผิดชอบ แต่ควรให้แต่ละหน่วยงานควบคุมการใช้อำนาจกันเองตามบทบัญญัติของกฎหมายโดยให้มีการกลั่นกรองตามลำดับชั้นการบังคับบัญชา ทั้งนี้ เพราะแต่ละหน่วยงานต่างก็มีทักษะและความชำนาญในการกลั่นกรองข้อมูลที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนอยู่แล้ว จึงทำให้การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารมีประสิทธิภาพมากกว่า ตัวอย่างของพระราชบัญญัติที่ควบคุมแต่ละหน่วยงานคือ, พระราชบัญญัติการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 46, พระราชบัญญัติการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2545 มาตรา 14 จัตวา, พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มาตรา 25 ตามลำดับนั่นเอง

¹¹⁴ กอนนิตการ. (2543, 19-21 เมษายน). “การสัมมนาเรื่องมาตรการทางกฎหมายในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร” โรงแรม รอยัล ทวิน พาเลซ เมืองพัทยา จังหวัดชลบุรี.

2) การใช้เหตุอันควรสงสัยตามสมควรในการเข้าถึงข้อมูล

หลักเกณฑ์ของเหตุอันควรสงสัยในการเข้าถึงข้อมูลตามพระราชบัญญัตินี้ อาจพิจารณาได้ว่าเอกสารหรือข้อมูลข่าวสารใดๆ ซึ่งรวมถึงอุปกรณ์ในการสื่อสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ ที่อาจถูกใช้ เพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษ และมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะมีการกระทำความผิดหรือจะมีการกระทำความผิดนั้น พนักงานสอบสวนคดีพิเศษย่อมมีอำนาจที่จะกระทำการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้ แต่ทั้งนี้ หากได้มีการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวย่อมมีเหตุอันควรเชื่อว่า จะได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดจากการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารนั้นๆ และไม่อาจใช้วิธีการอื่นใดที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพมากกว่าได้ โดยพิจารณาถึงผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิอื่นใดประกอบกับเหตุผลและความจำเป็นด้วยเสมอ

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาเรื่องสิทธิในการเข้าถึงข้อมูล โดยหลักการอาจกล่าวได้ว่า สิทธิจะเกิดขึ้นก็แต่โดยกฎหมายให้อำนาจเท่านั้น เพราะสิทธิเป็นเรื่องของอำนาจและหน้าที่ที่จะบังคับต่อบุคคลอื่น เป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกชนในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกชนดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน¹¹⁵ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงขอบเขตสิทธิของตน ดังนั้นการใช้เหตุอันสมควรในการเข้าถึงข้อมูลนั้นจะกระทำได้หรือไม่ จำต้องพิจารณาสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลกับเพื่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเสมอจึงจะทำให้การเข้าถึงข้อมูลนั้นมีเหตุผลสมควรมากยิ่งขึ้น

3) ผู้มีอำนาจเข้าถึงข้อมูล

กรณีผู้มีอำนาจในการเข้าถึงข้อมูลนั้นคือ พนักงานสอบสวนคดีพิเศษซึ่งได้รับอนุมัติเป็นหนังสือจากอธิบดี สามารถยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเพื่อให้มีคำสั่งอนุญาต ให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารนั้นๆ โดยการอนุญาตดังกล่าวนี้ให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาพิจารณาถึงผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิอื่นใดในการเข้าถึงข้อมูลด้วย ซึ่งจะแตกต่างกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ไม่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ในการเข้าถึงข้อมูล จึงทำให้การเข้าถึงข้อมูลนั้นพนักงานสอบสวนไม่จำเป็นต้องขออนุญาตจากบุคคลใด แม้กรณีจะเป็นประโยชน์ในเรื่องความรวดเร็วในการค้นหาพยานหลักฐานแต่ก็มีความเป็นไปได้

¹¹⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. หน้า 47.

ว่าอาจเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลมากเกินไปจนสมควร เพื่อป้องกันเหตุดังกล่าวจึงสมควรวางหลักเกณฑ์เรื่องนี้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย

อย่างไรก็ตามการอนุญาตของอธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญานั้น จะสั่งอนุญาตให้เข้าถึงข้อมูลได้คราวละไม่เกิน 90 วัน โดยอาจกำหนดเงื่อนไขใดๆ ก็ได้ และให้ผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อมูลข่าวสารในสิ่งสื่อสารดังกล่าวตามคำสั่งนี้ จะต้องให้ความร่วมมือโดยพร้อมเพียงด้วย แต่กรณีการเข้าถึงข้อมูลของพนักงานสอบสวนคดีพิเศษอาจเปลี่ยนแปลงไป หากภายหลังพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป หรือปรากฏข้อเท็จจริงว่าไม่มีเหตุผลและความจำเป็นใดๆ ในการเข้าถึงข้อมูล อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาอาจเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตได้ตามที่เห็นสมควร และเมื่อพนักงานสอบสวนคดีพิเศษได้ดำเนินการตามที่ได้รับอนุญาตแล้ว ให้รายงานการดำเนินการให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาทราบด้วย

4) วิธีการเข้าถึงข้อมูล

กรณีของวิธีการเข้าถึงข้อมูลนั้นพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ ไม่ได้จำกัดวิธีการในการเข้าถึงข้อมูลไว้ ขอเพียงการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวขึ้นอยู่กับกรอบของกฎหมายและไม่เป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเกินสมควร ก็ย่อมสามารถกระทำได้ อย่างไรก็ตามเนื่องจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีสารสนเทศ ข้อมูลข่าวสารต่างๆที่อาจเป็นพยานหลักฐานนั้นอาจไม่ใช่พยานเอกสาร หรือพยานวัตถุ เพราะกรณียังมีข้อมูลที่ถูกบันทึกโดยเครื่องมือเทคโนโลยีสารสนเทศอื่นๆ¹¹⁶ เช่น ข้อมูลที่บันทึกหรือประมวลผลโดยคอมพิวเตอร์, ข้อมูลที่บันทึกไว้ในหรือได้มาจากไมโครฟิล์ม หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์อื่นๆ เช่น เทปบันทึกเสียง หรือ MP3 เป็นต้น

จากกรณีดังกล่าวมาจึงเห็นสมควรที่นำกำหนดหลักเกณฑ์ของศาลในการรับฟังข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องมือทางเทคโนโลยีสารสนเทศดังกล่าวมาใช้บังคับในพระราชบัญญัตินี้ โดยเฉพาะตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพื่อให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้นคือ การบันทึกหรือการประมวลผลโดยคอมพิวเตอร์ ต้องเป็นการกระทำตามปกติในการประกอบกิจการของผู้ใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ และการบันทึกหรือการประมวลผลข้อมูลเกิดจากการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ปฏิบัติงานตามขั้นตอนการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์อย่างถูกต้อง และแม้หากมีกรณีการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ขัดข้องก็ไม่กระทบถึงความถูกต้องของข้อมูลนั้น โดยทั้ง 2 กรณีที่กล่าวมานี้ต้องมีคำรับรองของบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือดำเนินการนั้นด้วย

¹¹⁶ ข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินคดีของสภาผู้แทนราษฎรของสภาผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2543 ข้อ 13 และ ข้อ 16.

5) การจัดเก็บข้อมูลที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูล

การจัดเก็บข้อมูลที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูลนั้น ให้เก็บรักษาเฉพาะข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษ ซึ่งได้รับอนุมัติเป็นหนังสือจากอธิบดีและยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาแล้ว และให้ใช้ข้อมูลข่าวสารดังกล่าวเป็นประโยชน์ในการสืบสวนหรือใช้เป็นพยานหลักฐานเฉพาะในการดำเนินคดีพิเศษเท่านั้น ส่วนข้อมูลข่าวสารอื่นให้ทำลายเสียทั้งสิ้น ทั้งนี้ตามข้อบังคับที่คณะกรรมการคดีพิเศษกำหนดไว้ว่า กรณีการเก็บรักษาข้อมูลข่าวสารที่ได้มานั้น ให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษผู้ขอ นำคำสั่งที่อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาอนุญาต รวมทั้งบัญชีแสดงรายการ เครื่องมือ และอุปกรณ์ที่ใช้ในการดำเนินการ เสนออธิบดีหรือผู้บัญชาการสำนักคดีซึ่งเป็นอธิบดีที่มอบหมาย เพื่อพิจารณาดำเนินการมีคำสั่งจัดเก็บ และให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษที่ได้รับมอบหมายนั้น จัดให้มีการบันทึกข้อมูลข่าวสารที่มีให้มีการเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขโดยง่าย

ในกรณีที่ข้อมูลข่าวสารที่ได้มาเป็นถ้อยคำหรือเสียงการสนทนาระหว่างบุคคล ให้จัดทำบันทึกถ้อยคำหรือเสียงการสนทนาดังกล่าวเป็นลายลักษณ์ด้วยเครื่องมือทางเทคโนโลยีแล้วแต่กรณี แต่ถ้าถ้อยคำหรือเสียงการสนทนาเป็นภาษาต่างประเทศ หรือรหัสที่จำเป็นต้องแปลความหมาย ก็ให้เจ้าพนักงานหรือผู้เชี่ยวชาญดำเนินการแปลความหมายนั้น ทั้งนี้การบันทึกข้อมูลข่าวสารที่ได้มาต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับวัน เดือน ปี และเวลาในการบันทึก พร้อมทั้งลงลายมือชื่อผู้บันทึก ผู้แปล ถ่าม และผู้ถอดรหัสด้วย

เมื่อได้ดำเนินการเก็บรักษาข้อมูลข่าวสารที่ได้มาแล้ว ให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษจัดทำรายงานบันทึกข้อมูลข่าวสาร เกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ของบุคคล ที่วิเคราะห์ได้จากการบันทึกข้อมูลนั้นๆ และให้บันทึกถ้อยคำดังกล่าวเสนอผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้น โดยมีขั้นตอนคือให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษที่ได้รับมอบหมาย ส่งรายงานบันทึกข้อมูลข่าวสารและรายงานวิเคราะห์การบันทึกข้อมูลข่าวสารต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาโดยเร็ว แต่ไม่เกิน 7 วันนับตั้งแต่วันที่ยุติการดำเนินการเข้าถึงข้อมูล โดยให้ปิดผนึก ประทับตรา และลงลายมือชื่อกำกับไว้ด้วย ส่วนแบบรายงานบันทึกข้อมูลข่าวสารที่ได้มา วิธีการบันทึก หรือบัญชีแสดงรายการ ให้เป็นไปตามที่อธิบดีกำหนด

ส่วนกรณีการทำลายข้อมูลข่าวสารที่ไม่ได้ใช้ประโยชน์ในการสืบสวนหรือไม่ได้ใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีพิเศษแล้ว ให้อธิบดีแต่งตั้งคณะกรรมการจากพนักงานสอบสวนคดีพิเศษในตำแหน่งระดับ 8 ขึ้นไป จำนวน 3 คน เพื่อทำลายข้อมูลข่าวสาร ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่อธิบดีกำหนด และเมื่อดำเนินการแล้วให้จัดทำบันทึกรายงานการทำลายข้อมูลข่าวสารดังกล่าวแก่อธิบดีด้วย

4.1.3 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

อาจกล่าวได้ว่าหลักการค้นหาความจริงและการพิจารณาสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาไปคู่กัน เพราะเป็นส่วนที่สำคัญที่สุดของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หากกระบวนการค้นหาความจริงไม่มีประสิทธิภาพก็จะไม่สามารถนำตัวผู้กระทำผิดที่แท้จริงมาลงโทษได้ และอาจทำให้ผู้บริสุทธิ์ได้รับโทษทั้ง ๆ ที่ตนเองไม่ได้กระทำความผิด อันอาจทำให้เกิดความเสื่อมศรัทธาต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ทำให้ประชาชนรู้สึกว่าคุณไม่ได้รับความเป็นธรรม ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นจะมุ่งพิเคราะห์ว่า การเข้าถึงข้อมูลดังกล่าว เป็นกรณีของการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นหรือไม่

กรณีเช่นที่มีการเปรียบเทียบว่า การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจทำการค้น โดยมิชอบหรือทำการข่มขู่ให้ผู้ต้องหาให้การรับสารภาพ คำรับสารภาพดังกล่าวย่อมรับฟังไม่ได้ แต่หากต่อมามีการค้นได้หลักฐานมาจากการรับสารภาพที่มีการรวบรวมของกลางที่ได้มาสามารถรับฟังได้ ดังนั้นถ้ากรณีเป็นเรื่องการเข้าถึงข้อมูลที่น่าจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานเช่นเดียวกัน

จึงกล่าวได้ว่าหากการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยรวมนั้น ไม่ได้ทำให้ระบบการบริหารความยุติธรรมทางอาญาเสียไป หากแต่คำนึงถึงความสงบสุขของรัฐ รวมทั้งการพิทักษ์ผลประโยชน์ของผู้เสียหายด้วย ก็ย่อมทำได้ เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 226 มิได้ระบุถึงวิธีการค้นหาพยานหลักฐาน ขอเพียงการค้นหาดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายก็สามารถอ้างเป็นพยานหลักฐานได้

1) หลักเกณฑ์ทั่วไปของการเข้าถึงข้อมูล

นับตั้งแต่มีการผลิตเครื่องมือในการบันทึกเสียง ซึ่งแนวศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเสียงที่บันทึกเหล่านี้หากไม่ใช่เป็นการคัดสำเนาจากข้อความที่ได้บันทึกมาย่อมไม่ใช่พยานเอกสารแต่เป็นพยานวัตถุ อีกทั้งในทางปฏิบัติในการนำเสนอเครื่องบันทึกเทปก็ดีหรือวิธีการเข้าถึงข้อมูลในรูปแบบอื่นก็ไม่มีกฎเกณฑ์แน่นอน จึงควรวางกฎเกณฑ์ที่แน่นอน เพื่อที่จะให้มีการตรวจสอบสิ่งที่บันทึกไว้ และให้มีการยอมรับในข้อมูลที่บันทึกไว้ หากไม่รับจะต้องดำเนินการต่อไปอย่างไร¹¹⁷

จากที่กล่าวจึงพิจารณาได้ว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปของการเข้าถึงข้อมูลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นยังไม่มี แต่ในทางปฏิบัติกลับพบได้หลายกรณี เช่น เดือนกันยายน 2631 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการในสมัยนั้น คือ พล.อ.มานะ รัตนโกเศศ พบว่าเครื่องโทรศัพท์ในห้องทำงานถูกติดตั้งเครื่องดักฟัง หรือในปีพ.ศ. 2536 ปราบกฏข่าว่า พล.อ.ชวลิต ยงใจยุทธ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในขณะนั้นถูกดักฟังทางโทรศัพท์ และอีกหลายกรณี

¹¹⁷ พรเพชร วิชิตชลชัย. (2540). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 410.

หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาปัจจุบันที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ ก้าวล่วงเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการสื่อสารคงมีเพียงมาตรา 105 ที่วางหลักเกณฑ์ไว้ ว่า จดหมายไปรษณีย์บัตร โทรเลข สิ่งพิมพ์ หรือเอกสารอื่นซึ่งส่งทางไปรษณีย์และโทรเลขจาก หรือถึงผู้ต้องหาหรือจำเลยและยังมีได้ส่ง ถ้าเจ้าหน้าที่ต้องการเพื่อประโยชน์แห่งการสอบสวนได้ สอบมูลฟ้อง พิจารณาหรือการกระทำอย่างอื่นตามประมวลกฎหมายนี้ให้ขอคำสั่งจากศาลถึง เจ้าหน้าที่ไปรษณีย์โทรเลขให้ส่งเอกสารนั้นมา ก็ไม่ได้เกี่ยวข้องกับกรณีตัวอย่างที่กล่าวมาข้างต้น เพราะมาตรา 105 ต้องเป็นกรณีที่เอกสารอื่นใดซึ่งส่งทางไปรษณีย์และโทรเลข ถึงผู้ต้องหาหรือ จำเลย หากใช้เป็นเรื่องเจ้าหน้าที่ค้นหาพยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีไม่

เมื่อพิจารณาต่อไป การที่เจ้าหน้าที่ค้นหาพยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีนั้น เป็นการ กระทำโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายหรือพระราชบัญญัติใดหรือไม่ เพราะหากไม่มีอำนาจของหลัก กฎหมายใดรองรับ การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และอาจมี ความผิดตามกฎหมายได้ จากตัวอย่างที่ยกขึ้นมานั้นจะพบว่า การกระทำนี้ไม่มีอำนาจทางกฎหมาย ใดๆรองรับ หากอ้างพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจกระทำในเรื่องของความมั่นคงของประเทศ หรือ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็คงจะเกินเลยไปกว่าความเป็นจริง ดังนั้นเมื่อ ไม่หลักทางกฎหมายใดๆรองรับ จึงสมควรพิจารณาจากประมวลกฎหมายหลักของประเทศว่าจะ สามารถกระทำได้หรือไม่

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็น พยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น และให้สืบบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ หรือกฎหมายอื่นอันว่า ด้วยการสืบพยาน จากหลักกฎหมายที่กล่าวมานี้จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญาไม่ได้กำหนดวิธีการหรือหลักเกณฑ์ใดในการค้นหาพยานหลักฐาน กล่าวคือ พยานหลักฐาน ทุกชนิดรับฟังได้ทั้งหมด ขอเพียงอยู่ภายใต้เงื่อนไขการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่เกี่ยวกับการค้นหา พยานหลักฐาน¹¹⁸ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

2) การใช้เหตุอันควรสงสัยตามสมควรในการเข้าถึงข้อมูล

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าการเข้าถึงข้อมูลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ไม่มี บัญญัติไว้ ทำให้การพิจารณาเรื่องการใช้เหตุอันควรสงสัยตามสมควรในการเข้าถึงข้อมูล จึงเป็นไป ในรูปแบบของความชอบด้วยกฎหมายของพยานหลักฐาน ที่เป็นเช่นนี้เพราะ กระบวนการในการ

¹¹⁸ คณิต ฌ นคร. (2549). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 150.

เข้าถึงข้อมูลมีวัตถุประสงค์หลักคือ การได้มาซึ่งข้อมูลที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีในกระบวนการยุติธรรมโดยมุ่งหมายนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ จึงอาจกล่าวได้ว่าถ้าไม่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องการเข้าถึงข้อมูลในประมวลกฎหมายหลักของประเทศ ประกอบกับไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติอื่นใด ประการสุดท้ายจึงต้องพิจารณาเรื่องการค้นหาพยานหลักฐานที่กระทำโดยชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง

ความชอบด้วยกฎหมายของพยานหลักฐาน นั้นหากกล่าวในกรณีของการเข้าถึงข้อมูลย่อมจะกระทำในรูปแบบใดก็ได้หากมีเหตุอันควรสงสัยตามสมควร หากไม่คำนึงถึงวิธีการใดๆเลยที่เป็นเช่นนี้เพราะในการที่มนุษย์อยู่ร่วมกันในสังคมจะมีคุณค่า 2 ประการหล่อหลอมอยู่เสมออันก็คือ คุณค่าของการอยู่ร่วมกันและคุณค่าส่วนบุคคล ซึ่งถือเป็นพื้นฐานทางความคิดของการค้นหาพยานหลักฐาน¹¹⁹ที่จะกระทำการใดๆให้กระทบต่อคุณค่าดังที่กล่าวนี้ไม่ได้

การพิจารณาว่าความมั่นคงของประเทศ หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นเหตุอันควรสมควรในการเข้าถึงข้อมูลหรือไม่ กรณีนี้กล่าวอาจได้ว่าสามารถกระทำได้เพราะการกระทำที่กระทบถึงความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อาจเกิดขึ้นได้ตลอดเวลา เช่น ความผิดฐานเอาตัวบุคคลเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าไถ่ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 313) , ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปซึ่งชายหรือหญิงเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 282 วรรค 1) เป็นฐานความผิดที่ไม่สามารถใช้วิธีการค้นหาพยานหลักฐานแบบปกติได้ เนื่องจากลักษณะของฐานความผิดในตัวของมันเองที่มีความแยกขาดหากไม่ใช้มาตรการการพิเศษในเรื่องของการเข้าถึงข้อมูล การดำเนินการช่วยเหลือผู้เสียหายย่อมเป็นไปได้ยาก และอาจทำให้ไม่สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ กรณีจึงเป็นเหตุอันสมควรอย่างยิ่งในการเข้าถึงข้อมูล ส่วนกรณีมีความผิดฐานใดตามประมวลกฎหมายอาญา ที่สมควรให้มีการเข้าถึงข้อมูลนั้นจะได้อีกต่อไป

3) ผู้มีอำนาจเข้าถึงข้อมูล

หลักเกณฑ์โดยทั่วไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น ผู้ที่มีอำนาจในการเข้าถึงข้อมูล กับผู้ที่มีอำนาจในการค้นหาพยานหลักฐานเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ เป็นบุคคลคนเดียวกันคือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะการเข้าถึงข้อมูลก็เป็นการค้นหาพยานหลักฐานอย่างหนึ่งนั่นเอง อย่างไรก็ตามการเข้าถึงข้อมูลผู้กระทำต้องมีอำนาจที่จะกระทำได้ เท่านั้น เพื่อเป็นหลักประกันของสิทธิปัจเจกชนนิยมที่กล่าวไว้ว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรี ซึ่งจะปรากฏให้เห็นเป็นรูปธรรมก็โดย ความสามารถของมนุษย์ในอันที่จะกำหนดชะตากรรมของตนได้ด้วยตนเอง และเพื่อให้ความสามารถของมนุษย์ดังกล่าวประสิทธิผล มนุษย์แต่ละคนจึงต้องมีแดนแห่ง

¹¹⁹ แหล่งเดิม. หน้า 155.

เสรีภาพ¹²⁰ ดังนั้นการกระทำใดๆก็ตามที่จะกระทบถึงแดนแห่งเสรีภาพนี้ผู้กระทำได้ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลและความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเสมอ หากไม่มีความจำเป็นจะกระทำการใดให้กระทบต่อแดนแห่งเสรีภาพนี้

4) วิธีการเข้าถึงข้อมูล

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าการเข้าถึงข้อมูลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ไม่ได้บัญญัติไว้ จึงต้องใช้หลักเกณฑ์เรื่องของพยานหลักฐานมาพิจารณาแทน กล่าวคือ วิธีการเข้าถึงข้อมูลก็เป็นวิธีการหนึ่งในการค้นหาพยานหลักฐาน หากการเข้าถึงข้อมูลไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ หรือกระทำการอื่นใดอันเป็นการมิชอบด้วยกฎหมายเกินสมควร การกระทำนั้นย่อมมีความผิด ในทางปฏิบัติจึงเกิดปัญหาว่าองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้วิธีการใดในการเข้าถึงข้อมูลได้บ้าง เพราะหากไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ใดๆ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และกรณีไม่อยู่ในเขตอำนาจของพระราชบัญญัติอื่นๆ กรณีอาจเป็นได้ 2 ประการคือเป็นการอนุญาตให้เข้าถึงข้อมูลได้โดยไม่จำกัดวิธีเพื่อประโยชน์ของการค้นหาผู้กระทำความผิดมาลงโทษ หรือไม่สมควรเข้าถึงข้อมูลไม่ว่ากรณีใดๆ เพราะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล เพื่อความชัดเจนจึงสมควรบัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย

5) การจัดเก็บข้อมูลที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูล

โดยพื้นฐานของการจัดเก็บข้อมูลที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูลนั้น เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการเข้าถึงข้อมูลโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ข้อมูลที่ได้มาย่อมชอบด้วยกฎหมายและสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดในชั้นศาลได้ การจัดเก็บข้อมูลจึงจัดเก็บได้เฉพาะที่มีความเกี่ยวข้องในการพิสูจน์หรือค้นหาผู้กระทำความผิดเท่านั้น ดังนั้นข้อมูลอื่นๆที่ไม่เกี่ยวข้องจำต้องทำลายทิ้งเสีย เพราะการเข้าถึงข้อมูลเป็นการก้าวล่วงเข้าไปในสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล หากข้อมูลดังกล่าวนี้ไม่มีประโยชน์ในการป้องกันการกระทำความผิดหรือสืบสวนการกระทำความผิดอาญา โดยเฉพาะข้อมูลส่วนตัวที่ไม่เกี่ยวข้องใดๆ ก็ไม่สมควรจัดเก็บข้อมูลที่ได้มา โดยการทำลายนี้ต้องกระทำภายใต้การควบคุมดูแลของเจ้าหน้าที่รัฐด้วย และจะต้องให้เจ้าหน้าที่ ที่ควบคุมการดูแลการทำลายนั้นลงนามไว้เป็นพยานหลักฐานด้วย

¹²⁰ กมลชัย รัตนสกววงศ์ และ วรพจน์ วิสรุตพิชญ์. (2540). แนวทางในการยกร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังทางโทรศัพท์. หน้า 2.

4.2 ปัญหาและความจำเป็นที่ต้องมีมาตรการในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสาร

มาตรการในการเข้าถึงข้อมูลถือได้ว่าเป็นอีกหนึ่งในมาตรการบังคับ¹²¹ที่มีประสิทธิภาพมากในการรวบรวมพยานหลักฐาน เพื่อค้นหาผู้กระทำความผิดและนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ประเด็นของปัญหาคือการเข้าถึงข้อมูลนั้น คือไม่มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่กลับนำไปบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติทั่วไปซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรอง กฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้ แม้ว่าจะมีการบัญญัติถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปของการเข้าถึงข้อมูล วิธีการเข้าถึงข้อมูล รวมถึงกรณีอื่น แต่กรณีข้อมเป็นไปไม่ได้ที่ข้อเท็จจริงทางคดีทุกคดีจะอยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาคดีของพระราชบัญญัติเหล่านั้น เมื่อกรณีไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาคดีข้อมจะใช้มาตรการพิเศษที่เกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลไม่ได้ และคงไม่ทันการณ์อย่างแน่นอนถ้าต้องรอการไต่สวนของคณะกรรมการต่างๆ ที่จะอนุญาตให้ใช้มาตรการดังกล่าวได้

กรณีข้อมเป็นผลที่ดีกว่าถ้าจะนำหลักเกณฑ์เรื่องการเข้าถึงข้อมูลมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นประมวลกฎหมายหลักของประเทศ อย่างน้อยที่สุดก็ทำให้การค้นหาพยานหลักฐานเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมายได้อย่างรวดเร็ว อันเป็นการส่งเสริมประสิทธิภาพกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย และเป็นการป้องกันการสูญหายของพยานหลักฐานอีกทางหนึ่งด้วย

4.2.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปของการเข้าถึงข้อมูล

การพิจารณาเรื่องการเข้าถึงข้อมูลนั้น หากจะนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยคำนึงถึงความรวดเร็วในการค้นหาพยานหลักฐานเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษแต่เพียงอย่างเดียว ข้อมจะเกิดปัญหาเรื่องการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอย่างแน่แท้โดยปกติแล้ว รัฐมีหน้าที่ในการปกครองดูแลประชาชนให้เกิดความสงบสุข รัฐจึงจำเป็นต้องใช้อำนาจปกครอง และการใช้อำนาจปกครองมีทั้งอำนาจในทางลบและทางบวก ซึ่งจะขึ้นอยู่กับผู้ปกครองนั้นมีคุณธรรมมากน้อยเพียงใด โดยเฉพาะการใช้อำนาจเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อย หรือที่เรียกว่าการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมนั่นเอง

ก่อนศตวรรษที่ 18 สังคมได้ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐอย่างมาก ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจโดยเด็ดขาดที่จะทำการค้นหาพยานหลักฐานรวมถึงอำนาจในการตัดสินใจคดีความด้วย เช่นในประเทศฝรั่งเศสตำรวจมีอำนาจมากมาย เนื่องจากตำรวจเป็นของกษัตริย์ และกษัตริย์ก็มีอำนาจที่จะแต่งตั้งหรือถอดถอนตำรวจได้ ดังนั้นตำรวจจึงไม่ได้ทำหน้าที่ปราบปรามอาชญากรรมเท่านั้น แต่

¹²¹ คณิต ฒ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 116.

มีอำนาจครอบคลุมไปทุกสิ่งทุกอย่างด้วยแม้แต่เรื่องส่วนตัวของประชาชน เช่นตำรวจมีอำนาจในการเปิดจดหมายของประชาชน¹²² หลักการที่กล่าวมานี้เรียกได้ว่าเป็นการสวนทางเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนโดยสิ้นเชิง

ต่อมาในต้นศตวรรษที่ 18 หรือที่เรียกว่า ยุค “Enlightenment” ซึ่งในนี้มีนักปราชญ์จากสำนักต่าง ๆ เช่น Rousseau , Montesquieu , Voltaire ได้เริ่มรณรงค์แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในหลักการที่ว่า “เสรีภาพเป็นรากฐานของชีวิตและสิทธิโดยธรรมชาติ (Essential Freedom and Natural Rights) ของมนุษย์จะต้องได้รับความคุ้มครองจากบุคคลอื่นและต้องได้รับความคุ้มครองจากรัฐ การจำกัดสิทธิเสรีภาพจะถูกจำกัดได้โดยกฎหมายที่มีขึ้นเฉพาะในกรณีที่ทำเป็นอย่างยิ่ง และจะไม่มีกรณีลงโทษแบบกดขี่เข้มแข็งอีกต่อไป รวมถึงจะต้องคุ้มครองผู้ที่ถูกกล่าวหาด้วย¹²³ นอกจากนี้ นักปราชญ์ในยุคนี้ได้ตั้งข้อสันนิษฐานต่าง ๆ เช่น”ทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์ การปล่อยผู้กระทำความผิดสืบคนคิดว่าการลงโทษผู้บริสุทธิ์เพียงคนเดียว และการลงโทษผู้กระทำความผิดมิใช่เป็นการทดแทนเพียงอย่างเดียวแต่จะต้องเป็นการปรับปรุงแก้ไข ผู้กระทำความผิดด้วย¹²⁴ หลักการนี้ได้กลายมาเป็นรากฐานที่สำคัญของประเทศต่าง ๆ และได้ยึดเป็นแนวทางในการบัญญัติเป็นกฎหมายขึ้นใช้ในประเทศของตน

หากเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การเข้าถึงข้อมูล แนวคิดนี้ได้กลายมาเป็นหลักการที่มีความสำคัญต่อกระบวนการทางอาญาหรือกระบวนการทางกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอย่างมาก ความมุ่งหมายของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คือ เพื่อให้รู้ถึงการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดตลอดจนการติดตามผู้กระทำความผิด การพิสูจน์ผู้กระทำความผิดและการลงโทษผู้กระทำความผิด ดังนั้นเพื่อให้บรรลุเป้าหมายเหล่านี้ รัฐย่อมมีสิทธิกำหนดภาระหน้าที่บางประการให้แก่สมาชิกในสังคมของตน และสังคมมีหน้าที่ที่จะต้องให้ความร่วมมือกับรัฐและยอมรับการกระทำใดๆ ของรัฐที่เป็นการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม ประชาชนในสังคมจึงต้องยอมรับความทุกข์จากการกระทำดังกล่าว แม้ว่าตนจะไม่ได้เป็นผู้ก่ออาชญากรรมนั้น เพราะถือว่า

¹²² Leon Radzioncwiz. (1966). **The Liberal Position, Ideology and crime** (New York : Columbia University Press). P. 23. (อ้างถึงใน วันชัย รุจนวงศ์. (2548). การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ(ระยะที่2) : เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ)

¹²³ ถ้อยคำในภาษาอังกฤษใช้ว่า The limits of natural rights should be determined only by law , which should be equal for all and should establish only such penalties as were strictly necessary

¹²⁴ ถ้อยคำในภาษาอังกฤษใช้ว่า At all stages the right of person suspected, accused, tried, sentences or punished must be scrupulously proted. Presumption of innocence should be the guiding principle : what it is better that ten quality persons escape the one innocent man should suffer

อาชญากรรมนั้นเกิดจากความบกพร่องของสังคม สังคมจึงต้องมีส่วนรับผิดชอบไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม เช่น ประชาชนต้องยอมให้มีการค้นหาพยานหลักฐาน เพื่อนำมาพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกกล่าวหาเป็นต้น¹²⁵

อย่างไรก็ตามจากแนวความคิดดังที่ได้กล่าวทำให้เกิดความขัดแย้ง 2 ประการคือ ความพยายามที่จะให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนมากที่สุด และความจำเป็นที่จะต้องยอมให้รัฐใช้อำนาจในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมโดยยอมให้รัฐผลักระบบบางประการให้แก่ประชาชนในสังคมได้บางส่วน เช่น มีสิทธิบางประการที่จะได้รับความคุ้มครองน้อยลง อาทิ การใช้อำนาจรัฐในการเข้าถึงข้อมูลย่อมกระทบถึงสิทธิเสรีภาพในด้านการสื่อสารของประชาชนในอันที่จะใช้สิทธิของเขาได้อย่างเต็มที่

หากจะมองในอีกแง่มุมหนึ่งประชาชนต้องเสียสิทธิของตนไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมเอาไว้ จึงต้องพิจารณาว่าเมื่อเกิดปัญหาในการเสียสิทธิเสรีภาพส่วนตัวเพื่อรักษาประโยชน์ของส่วนรวม การบัญญัติกฎหมายรูปแบบใดที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไปพร้อมกัน เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างการใช้อำนาจรัฐและการคุ้มครองสิทธิของประชาชน เราจึงต้องมองถึงความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน และประชาชนจะต้องยอมรับถึงการใช้อำนาจรัฐที่กระทบสิทธิของตนอันเนื่องมาจากการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อนำมาประกอบการพิจารณาตัดสินคดีด้วยความเป็นธรรมให้มากที่สุด

4.2.2 ความจำเป็นของพยานหลักฐานที่ได้จากการใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูล

ดังที่กล่าวมานั้น สิทธิในความหมายกว้างๆ หมายถึงสิทธิของความเป็นมนุษย์ ซึ่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้นำมาบัญญัติโดยใช้คำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มีบัญญัติในมาตรา 4 ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทยที่ได้รับความคุ้มครองยืนยันในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งก็เป็นส่วนหนึ่งของความหมายสิทธินั่นเอง¹²⁶ นอกจากความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว ก็อาจหมายถึงการกำหนดคุณค่า ว่ามีสิทธิอะไรบ้างที่ควรที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิด และสิทธิใดควร จะได้รับความคุ้มครองเป็นมาตรฐานสากลหรือเป็นสิทธิขั้นมูลฐานในลักษณะที่เรียกว่าเป็นสิทธิที่ขั้นต่ำที่สุดที่มนุษย์พึงจะได้รับ

¹²⁵ มุรธา วัฒนะชีวะกุล. เอกสารประกอบคำบรรยายวิชากฎหมายอาญาเปรียบเทียบในส่วนบุคคลทางอาญา. หน้า 3-5.

¹²⁶ สมบัติ เดียวอิสเรศ. (2540, ธันวาคม). “รวมคำบรรยายวิชาสิทธิของบุคคลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 2.” สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 50. หน้า 257.

เมื่อนำหลักเกณฑ์ในเรื่องสิทธิเสรีภาพของบุคคลมาปรับใช้กับสภาพสังคมในปัจจุบัน จะพบว่า ความเจริญก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยี การติดต่อสื่อสาร และการคมนาคม มีการพัฒนาไปอย่างไม่หยุดยั้ง การติดต่อถึงกันสามารถทำได้สะดวก รวดเร็ว และยากแก่การตรวจสอบ ติดตามโดยวิธีปกติที่เคยทำมาในอดีต แม้ว่าจะมีพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ตราขึ้นเพื่อรองรับปัญหาดังกล่าว แต่พระราชบัญญัตินี้จะใช้บังคับเฉพาะกับคดีพิเศษเท่านั้น จึงหมายความว่า คดีปกติทั่วไปย่อมไม่สามารถใช้วิธีการพิเศษ เช่น การเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารได้ หรือหากจะรอให้คณะกรรมการคดีพิเศษรับคดีโดยทั่วไปเป็นคดีพิเศษด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3 จากคณะกรรมการคดีพิเศษทั้งหมด ก็อาจทำให้กระบวนการยุติธรรมล่าช้าเกินกว่าที่ควรจะเป็น ดังนั้น หากไม่ตรากฎหมายที่เกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลสำหรับการดำเนินคดีอาญาโดยทั่วไป ก็ย่อมไม่เพียงพอกับความยุติธรรมที่สังคมจะได้รับ

นอกจากนี้ ข้อเท็จจริงในบางคดีมีลักษณะที่สลับซับซ้อน และยากแก่การตรวจสอบ ค้นหาความจริง จึงทำให้เกิดความแตกต่างระหว่างอาชญากรรมรายสำคัญที่ทำงานโดยใช้เทคโนโลยี สมัยใหม่เป็นเครื่องมือ ในขณะที่การสืบสวน สอบสวน จับกุมและลงโทษ ทำได้อย่างจำกัด เพราะไม่สามารถล่วงรู้ข้อมูลในการติดต่อสื่อสารถึงกันของอาชญากรได้ ทำให้กระบวนการของอาชญากรรมเติบโตและสามารถขยายเครือข่าย มีการแบ่งแยกงานกันรับผิดชอบมีการสั่งการเป็นลำดับชั้น อย่างกว้างขวาง ทั้งภายในประเทศไทยและต่างประเทศ

หากเปรียบเทียบกับนานาอารยประเทศที่มีขีดความสามารถในด้านการปราบปรามอาชญากรรมสูง และหลายประเทศที่มีชื่อเสียงด้านการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อย่างมากก็ยังมีกฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานเข้าถึงข้อมูลในการติดต่อสื่อสารถึงกันได้ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมันและญี่ปุ่น ซึ่งทำให้การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมมีประสิทธิภาพ ดังนั้น การที่กฎหมายไทยไม่ว่าจะเป็น ประมวลกฎหมายอาญา หรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่ถือได้ว่าเป็นประมวลกฎหมายหลักของประเทศไม่ได้ให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐเข้าไปแทรกแซงเสรีภาพของประชาชนโดยการเข้าถึงข้อมูล จึงทำให้มีกฎหมายไม่เพียงพอที่จะป้องกันปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติเหล่านี้ ส่งผลให้อาชญากรส่วนหนึ่งขยายเครือข่ายในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้น

อีกทั้ง ประเทศไทยได้ให้การสนับสนุนการจัดทำร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติทั้งในระดับภูมิภาคมาโดยตลอด ซึ่งอนุสัญญาฯ กำหนดให้รัฐภาคีต้องมีกฎหมายว่าด้วยการเข้าถึงข้อมูลการติดต่อสื่อสารถึงกัน เพื่อประโยชน์ในความร่วมมือระหว่างประเทศในการปราบปรามองค์กรอาชญากรรม หากประเทศไทยไม่มีกฎหมายลักษณะนี้ในประมวลกฎหมายหลักของประเทศ นอกจากจะทำให้การดำเนินกระบวนการยุติธรรมเป็นไปอย่าง

ยากลำบากแล้ว ยังทำให้เป็นอุปสรรคในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ และไม่สามารถร่วมมือกับประเทศอื่นในการปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพ

4.2.3 ลักษณะของฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่สมควรใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูล

โดยทั่วไปเมื่อมีเหตุที่จะต้องใช้อำนาจในการเข้าถึงข้อมูลการติดต่อสื่อสาร กฎหมายในต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส ก็มีได้อนุญาตหรือยินยอมให้มีการเข้าถึงข้อมูลการติดต่อสื่อสารในฐานความผิดอาญาทุกประเภท กฎหมายเหล่านี้ต่างก็กำหนดลักษณะของความผิดทางอาญาบางประเภทที่สามารถมีการดักฟังได้ สำหรับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา The Omnibus Crime Control And Safe Street Act 1968 ได้กำหนดลักษณะของฐานความผิดทางอาญาบางประเภทที่สามารถใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลได้ไว้ที่ มาตรา 2516 (1) โดยกำหนดไว้ 2 ลักษณะคือ

ประการแรก มีการกำหนดอัตราโทษและลักษณะของความผิดทางอาญาไว้ กล่าวคือ ความผิดในบทกฎหมายมาตราต่างๆตามที่มาตรา 2516 (1) (a) กำหนดไว้ จะมีการเข้าถึงข้อมูลการติดต่อสื่อสาร ได้ก็ต่อเมื่อการกระทำความผิดดังกล่าวนั้นมีโทษประหารชีวิตหรือจำคุกเกินกว่า 1 ปีขึ้นไป เช่น มาตรา 2274 ถึง 2277 ของภาค 42 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐ (The United States Code) ซึ่งเกี่ยวกับการบังคับใช้ (The Energy Act of 1954) , มาตรา 2284 ของภาค 42 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐ (เกี่ยวกับการก่อวินาศกรรมอุปกรณ์นิวเคลียร์หรือพลังงาน) , ภาค 18 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐ ในบทที่ 37 (เกี่ยวกับการจารกรรม) บทที่ 105 (เกี่ยวกับการก่อวินาศกรรม) บทที่ 115 (เกี่ยวกับการก่อกบฏ) บทที่ 102 (เกี่ยวกับก่อจลาจล) บทที่ 65 (เกี่ยวกับการทำลายทรัพย์สินส่วนตัว โดยมีเจตนาร้ายต่อเจ้าหน้าที่ของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินดังกล่าว) บทที่ 11 (เกี่ยวกับการทำลายเรือ) และบทที่ 81 (เกี่ยวกับโจรสลัด)

ประการที่สอง มีการกำหนดลักษณะของความผิดทางอาญาไว้เพียงอย่างเดียว กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดในบทกฎหมายมาตราต่างๆที่มาตรา 2516 (1) (G) หรือมาตรา 2516 (1) (I) กำหนดไว้แล้ว สามารถใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลการติดต่อสื่อสารได้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการกระทำความผิดดังกล่าวนั้นมีการกำหนดโทษไว้อย่างไร เช่น มาตรา 532 ของภาค 31 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐ (เกี่ยวกับการรายงานธุรกิจการเงิน) และมาตรา 2516 (1) (I) , บทที่ 71 (เกี่ยวกับการกระทำความผิดก่อนการ)

กฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น มีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐ มาตรา 10 (G10) ได้กำหนดลักษณะของความผิดทางอาญาบางประเภทที่สามารถใช้

อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารได้ไว้ใน มาตรา 2 (1) โดยกำหนดเป็นฐานความผิดทางอาญาที่สามารถดักฟังได้โดยไม่มีกำหนดอัตราโทษไว้ สำหรับกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้น ตามรัฐบัญญัติเลขที่ 91-646 ลงวันที่ 10 กรกฎาคม 1991 ว่าด้วยการคุ้มครองความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม ได้กำหนดความผิดทางอาญาบางประเภทที่สามารถใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารได้โดยไม่ได้กำหนดฐานความผิดไว้ แต่กำหนดอัตราโทษขั้นต่ำของการกระทำความผิดทางอาญาที่อาจถูกดักฟังได้แทน โดยกำหนดไว้ว่าความผิดทางอาญาที่มีอัตราโทษจำคุกขั้นต่ำตั้งแต่ 2 ปีขึ้นไป สามารถใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลได้

สำหรับกฎหมายของประเทศไทย การกำหนดลักษณะของฐานความผิดทางอาญาที่สมควรให้มีการใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลนั้น จะต้องคำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมาย, ความยากง่ายในการค้นหาพยานหลักฐานหรือข้อเท็จจริงในคดี, ลักษณะของการสืบสวนสอบสวนคดีที่มีการกระทำความผิด เช่น มีการเตรียม มีการวางแผน, เป็นลักษณะของตัวการร่วมกระทำความผิด ผู้ใช้ ผู้สนับสนุนในการกระทำความผิด, รวมทั้งความผิดทางอาญาที่จะกระทำการเข้าถึงข้อมูลนั้น ระดับของความอันตรายหรือผลกระทบของการกระทำความผิดอาญา จะต้องเป็นกรณีที่มีอันตรายหรือมีผลกระทบต่อสังคมส่วนรวมอย่างร้ายแรงด้วย อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่า อัตราโทษขั้นต่ำของการกระทำความผิดทางอาญาที่สมควรใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลได้นั้น ควรเป็นฐานความผิดทางอาญาที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือจำคุกขั้นต่ำตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป และเพื่อเป็นหลักประกันเสรีภาพในการสื่อสารส่วนบุคคล การที่จะอนุญาตให้มีการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารได้นั้น ต้องเป็นกรณีที่การค้นหาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด ไม่อาจกระทำได้ด้วยวิธีการสืบสวนสอบสวนตามปกติทั่วไป

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว ลักษณะของฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่สมควรให้ใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลได้ เช่น ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ของลักษณะ 1 ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร และลักษณะ 1/1 ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย, ความผิดเกี่ยวกับตำแหน่งหน้าที่ราชการ ของลักษณะ 2 ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง และลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม, ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชน ของลักษณะ 5 ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน และลักษณะ 6 ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชน, ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง, ความผิดเกี่ยวกับเพศ, ความผิดต่อชีวิต, ความผิดต่อเสรีภาพ, ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ เป็นต้น

4.2.4 ปัญหาของผู้มีอำนาจและวิธีการเข้าถึงข้อมูล

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าการพิจารณาเรื่องการเข้าถึงข้อมูลหากไม่มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ย่อมต้องพิจารณาในรูปของความชอบด้วยกฎหมายในการค้นหาพยานหลักฐาน ซึ่งกรณีไม่ควรเป็นเช่นนั้น อย่างไรก็ตามโดยทั่วไปการเข้าถึงข้อมูลเป็นการกระทำที่กระทบต่อความเป็นส่วนตัวในการสื่อสาร แต่อาจมีข้อยกเว้นให้มีการเข้าถึงข้อมูลโดยเจ้าหน้าที่ได้ โดยมีเงื่อนไขว่า การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะทำการเข้าถึงข้อมูลได้จะต้องขออนุญาตจากศาล โดยทำคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษร โดยระบุเหตุผลอันสมควรที่จำเป็นต้องใช้วิธีการดังกล่าว

กรณีของพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ ก็ได้กำหนดให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารโดยวางหลักเกณฑ์ของผู้มีอำนาจและวิธีการเข้าถึงข้อมูลไว้ที่มาตรา 25 ซึ่งเป็นอำนาจพิเศษทำนองเดียวกับมาตรา 14 จดวา แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 ที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมแล้ว จึงอาจกล่าวได้ว่าผู้มีอำนาจที่จะทำการเข้าถึงข้อมูลตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษเป็นพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ ซึ่งได้รับอนุมัติเป็นหนังสือจากอธิบดี สามารถยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเพื่อขอให้มีคำสั่งอนุญาตให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารนั้นๆ แต่ผู้มีอำนาจที่จะทำการเข้าถึงข้อมูลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นพนักงานสืบสวนสอบสวนทั่วไปเท่านั้น

ประเด็นสำคัญคือ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะขอทำการเข้าถึงข้อมูลได้จะต้องพิจารณาถึงผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลและสิทธิอื่นใดในการเข้าถึงข้อมูลด้วย โดยเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนและการป้องกันอาชญากรรมบางประเภทที่สำคัญ ตามที่ระบุไว้ในกฎหมายเท่านั้น เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการจารกรรม การก่อวินาศกรรม กบฏ โจรสลัด การให้สินบนเจ้าพนักงาน การลอบฆ่ากษัตริย์ การลักพาตัวเพื่อไป กักขัง ฆ่า เรียกค่าไถ่ ปล้น กรรโชก ฯลฯ และต้องปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้มีการพยายามใช้วิธีการสืบสวนสอบสวนอย่างธรรมดาแล้ว แต่ไม่ประสบผลสำเร็จ และมีเหตุผลที่น่าเชื่อว่าจะไม่ประสบความสำเร็จ

เมื่อศาลรับคำร้องและเห็นว่าคำร้องนั้นแสดงถึงเหตุอันควรที่จะอนุญาตให้ทำการเข้าถึงข้อมูลได้ ก็จะมีคำสั่งอนุญาตให้ทำการดังกล่าวได้ ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตการอนุญาตของศาลนั้น คำสั่งศาลต้องระบุถึงบุคคลซึ่งการสนทนาของเขาจะถูกเข้าถึงข้อมูล , หน่วยงานและสถานที่ซึ่งได้รับอนุญาตให้ทำการเข้าถึงข้อมูล , บุคคลที่อนุญาตตามคำร้องขอนั้น , รวมถึงระยะเวลาที่อนุญาตให้เข้าถึงข้อมูลตามสมควรของฐานความผิด , และต้องแจ้งให้ทราบว่าการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวจะสิ้นสุดลงโดยอัตโนมัติเมื่อได้รับรายละเอียดที่เกี่ยวกับความผิดตามที่ต้องการแล้ว

โดยปกติแล้ววิธีการเข้าถึงข้อมูลจะไม่จำกัดวิธีการแต่จะพิจารณาว่าวิธีการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวจะเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลมากเกินไปหรือไม่ ซึ่งในปัจจุบันที่นิยมใช้เป็นเครื่องดักฟังโทรศัพท์มือถือ¹²⁷ มีลักษณะเท่ากล่องไม้ขีด มีหลักการทำงานคือ ใส่ซิมการ์ดโทรศัพท์มือถือเข้าไปในตัวเครื่องแล้วกดปุ่มเปิดเครื่อง นำไปวางไว้ตามสถานที่ซึ่งเป็นที่หมายที่เราต้องการจะเข้าถึงข้อมูล จากนั้นโทรเข้าไปตามเบอร์ของซิมการ์ดโทรศัพท์ดังกล่าว ตัวเครื่องจะรับสายอัตโนมัติซึ่งไมค์ไวเสียงในตัวเครื่องจะคัดเสียงบริเวณรอบๆ แล้วส่งสัญญาณผ่านเครือข่ายโทรศัพท์ไร้สายไม่ว่าเราจะอยู่ที่ใดก็สามารถรับฟังข้อมูลได้อย่างชัดเจน (แบตเตอรี่สามารถเปิดหรือรับสายได้สูงสุด 15 วัน และบางรุ่นอาจมีระบบแบบ VAS ที่สามารถบันทึกข้อมูลเฉพาะเมื่อมีเสียงและจะหยุดบันทึกข้อมูลอัตโนมัติเมื่อปราศจากเสียง¹²⁸ เป็นการประหยัดเนื้อที่ในการเก็บข้อมูลและเหมาะสมอย่างยิ่งสำหรับงานสืบสวนสอบสวน)

การพิจารณาเรื่องการเข้าถึงข้อมูลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอีกประการหนึ่งคือ ถ้าที่ไม่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องการเข้าถึงข้อมูล พนักงานสืบสวนสอบสวนจำเป็นต้องขออนุญาตจากศาลหรือไม่ กรณีดังกล่าวนี้ในปัจจุบันไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน เพราะการเข้าถึงข้อมูลตามประมวลกฎหมายนี้เป็นส่วนหนึ่งของการค้นหาพยานหลักฐาน แม้จะไม่มีการขออนุญาตจากศาลก็สามารถทำได้เพียงแต่การใช้พยานหลักฐานดังกล่าวอาจใช้ไม่ได้ เนื่องจากเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีจึงเป็นเรื่องที่น่าเสียดายอย่างมากที่พยานหลักฐานดังกล่าวมีคุณค่าในตัวของมันเองแต่กลับใช้ไม่ได้เพราะขัดกับรูปแบบการบังคับใช้กฎหมาย ดังนั้นกรณีย่อมจะแตกต่างกันหากมีการบัญญัติหลักเกณฑ์การเข้าถึงข้อมูลในประมวลกฎหมายนี้โดยให้ขออนุญาตจากศาลก่อน เพราะจะทำให้การค้นหาพยานหลักฐานสามารถกระทำได้อย่างถูกต้อง และอย่างน้อยที่สุดพนักงานสืบสวนสอบสวนก็จะไม่ถูกดำเนินคดีตามกฎหมายในฐานที่ไปละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นนั่นเอง

4.2.5 ปัญหาการใช้เหตุอันควรสงสัยตามสมควรในการเข้าถึงข้อมูล

การบัญญัติหลักเกณฑ์การเข้าถึงข้อมูลในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานี้โดยให้ขออนุญาตจากศาลก่อน ย่อมจะทำให้การค้นหาพยานหลักฐานสามารถกระทำได้อย่างถูกต้อง รวมทั้งเสริมประสิทธิภาพในการค้นหาพยานหลักฐานของพนักงานสืบสวนสอบสวนด้วย แต่กรณีอาจมีความจำเป็นฉุกเฉินที่สมควรจะให้มีการเข้าถึงข้อมูลโดยไม่ต้องขออนุญาตจากศาลก่อน เช่น จะมี

¹²⁷ อุปกรณ์สำหรับนักสืบ. (2550). From Available URL : <http://suchinko.com/index.php?lay=show&ac=article&Id=191359>

¹²⁸ (2540, 17 กุมภาพันธ์). “อุปกรณ์ดักฟังไฮเทค สอดส่องหรือดักฟังละเมิด.” กรุงเทพฯธุรกิจ. หน้า 12.

อันตรายถึงแก่ชีวิต โดยทันทีหรือจะมีอันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัสต่อบุคคลใด , การกระทำที่คบคิดซึ่งเป็นการคุกคามต่อความมั่นคงของชาติ หรือเป็นลักษณะขององค์การอาชญากรรม เป็นต้น ซึ่งกรณีดังกล่าวมานี้ควรจะต้องขออนุญาตต่อศาลภายใน 48 ชั่วโมงหลังจากที่ได้เริ่มต้นการเข้าถึงข้อมูล เพื่อไม่ให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเกินสมควร

อย่างไรก็ตามการพิจารณาเรื่องเหตุอันควรสงสัยในการเข้าถึงข้อมูลนั้น กรณีไม่มีพระราชบัญญัติหรือหลักกฎหมายใดที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเหตุอันควรสงสัยในการเข้าถึงข้อมูลว่ามีความหมายถึงกรณีใดบ้าง มีขอบเขตกว้างแค่ไหน และจะมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากน้อยเพียงใด แต่ถ้าพิจารณาถึงหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลในการเข้าถึงข้อมูลที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดคือ ข้อบังคับคณะกรรมการพิเศษว่าด้วยการเก็บรักษาการใช้ประโยชน์ข้อมูลข่าวสารที่ได้มาและการทำลายข้อมูลข่าวสารอื่น พ.ศ. 2547 ในข้อบังคับที่ 7 ที่วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า การใช้ประโยชน์จากข้อมูลข่าวสารที่ได้มาตามข้อบังคับนี้ จะต้องพึงกระทำด้วยความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่ง โดยให้คำนึงถึงความจำเป็นเพื่อประสิทธิภาพในการรักษาความสงบเรียบร้อยและสิทธิเสรีภาพของประชาชนประกอบกันเป็นสำคัญ จึงอาจกล่าวได้ว่าเหตุอันควรสงสัยในการเข้าถึงข้อมูลนั้น จะต้องพิจารณาถึงความจำเป็นในการเข้าถึงข้อมูลและระมัดระวังการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลด้วยนั่นเอง

แต่กรณีคงไม่เป็นเช่นนั้นเสมอไป เพราะการเข้าถึงข้อมูลโดยอ้างเหตุอันควรสงสัยต้องเป็นกรณีที่มีความสมควรอย่างยิ่ง และต้องพิจารณาระหว่างผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับเสรีภาพส่วนบุคคลที่มากเกินควรและความรวดเร็วในการค้นหาพยานหลักฐาน ซึ่งการพิจารณาในส่วนนี้เป็นภาระหน้าที่ของพนักงานสืบสวนสอบสวนในการใช้ดุลพินิจที่อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย เช่น การเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลนั้น หากเกิดกรณีมีคดีความฟ้องร้องขึ้นแล้ว และหากพบว่าผู้ต้องหา มีพฤติกรรมที่น่าสงสัย กลางวันจะปิดร้านและเก็บตัวภายในบ้าน ตอนกลางคืนจึงออกจากบ้านไม่ยุ่งเกี่ยวกับเพื่อนบ้านและไม่ปรากฏว่าประกอบอาชีพอะไร สงสัยว่าภายในบ้านจะมีการกระทำความผิดหรือมีสิ่งผิดกฎหมายซุกซ่อนอยู่ ถือได้ว่าเป็นกรณีมีเหตุอันควรสงสัยที่อาจกระทำการเข้าถึงข้อมูลได้ (เปรียบเทียบกับฎีกา 5479/2536)

ในทางปฏิบัติการใช้ดุลพินิจของพนักงานสืบสวนสอบสวนในการเข้าถึงข้อมูลมีข้อจำกัดอยู่มาก เนื่องจากพนักงานสืบสวนสอบสวนเกรงกลัวต่อการกระทำความผิดต่อกฎหมายที่ว่า หากตนใช้ดุลพินิจที่ไม่เหมาะสม ตนก็อาจถูกฟ้องร้องในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบได้ อย่างไรก็ตามการพิจารณาเหตุอันควรสงสัยในการเข้าถึงข้อมูลนั้น พนักงานสืบสวนสอบสวนจะต้องเชื่อโดยสุจริตว่า แม้จะเป็นการเข้าถึงข้อมูลโดยไม่ได้ขออนุญาตศาลก็ย่อมพบการกระทำความผิดอย่างแน่นอน ซึ่งความเชื่อโดยสุจริตนี้ต้องพิจารณาถึงข้อมูล ก่อนที่จะกระทำการ

เข้าถึงข้อมูลเสมอว่า มีน้ำหนักและน่าเชื่อถือมากหรือไม่ กล่าวคือถ้าข้อมูลนั้นได้จากตัวบุคคลต้องดูที่ลักษณะความน่าเชื่อถือก่อน แล้วจึงพิจารณาว่าสิ่งที่เขากล่าวมานั้นน่าเชื่อถือหรือไม่ แต่ถ้าข้อมูลเป็นเอกสารต้องพิจารณาว่าเอกสารนั้นเป็นต้นฉบับ หรือคู้ฉบับหรือไม่ แล้วจึงค่อยพิจารณาว่าข้อความในเอกสารมีความน่าเชื่อถือเพียงใด ซึ่งกรณีนี้พนักงานสืบสวนสอบสวนจะต้องไม่ใช่สัญชาติญาณของตนและต้องมีความรู้ความเข้าใจในหลักการรับฟังพยานหลักฐานเป็นอย่างดีด้วย

4.2.6 ปัญหาการใช้ขอบเขตในการเข้าถึงข้อมูลตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ

หลักความพอสมควรแก่เหตุ¹²⁹ เป็นหลักที่สร้างความสมดุลระหว่างสิทธิและเสรีภาพของบุคคลกับผลประโยชน์ส่วนรวมของรัฐ และยังเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการใช้อำนาจของพนักงานรัฐ เพื่อมิให้พนักงานรัฐใช้อำนาจให้มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอย่างไม่เหมาะสมหรือเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น หลักการดังกล่าวจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตย ในส่วนของการใช้อำนาจในการเข้าถึงข้อมูล แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรรับรองให้หลักการนี้มีผลผูกพันต่อการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานรัฐ แต่หากเป็นกรณีที่เห็นได้โดยชัดแจ้งว่าเจ้าพนักงานของรัฐใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลอย่างไม่เหมาะสมหรือเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น องค์การตุลาการหรือโดยผู้มีส่วนได้เสียย่อมสามารถนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาวินิจฉัย ในเรื่องขอบเขตของการใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลโดยเจ้าพนักงานของรัฐได้ ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อบุคคล ในฐานะที่เจ้าพนักงานของรัฐใช้อำนาจล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพเกินความจำเป็น

อย่างไรก็ตาม ไม่มีพระราชบัญญัติหรือหลักกฎหมายใดที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับขอบเขตในการเข้าถึงข้อมูล หากจะพิจารณาจากเหตุอันควรสงสัยในการเข้าถึงข้อมูลเพียงอย่างเดียวย่อมไม่อาจคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ เพราะการพิจารณาดังกล่าวเป็นภาระหน้าที่ของพนักงานสืบสวนสอบสวนในการใช้ดุลพินิจ ดังนั้นเพื่อให้การค้นหาพยานหลักฐานโดยใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูล อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายและอยู่ในขอบเขตที่ไม่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลมากเกินไป การใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลจึงควรพิจารณาตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ¹²⁹ ที่มีพื้นฐานทางความคิดจากหลักความยุติธรรม กล่าวคือ ขอบเขตในการเข้าถึงข้อมูลตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ จะเรียกร้องให้เจ้าพนักงานของรัฐที่ใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคล ต้องพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับสิทธิและ

¹²⁹ รัญญูลักษณ์ เกตุสร. (2543). สาธารณะประโยชน์ในกฎหมายปกครอง. หน้า 99.

เสรีภาพของบุคคลกับผลประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ เช่น เจ้าพนักงานของรัฐจะใช้อำนาจในการเข้าถึงข้อมูลก็ต่อเมื่อ มีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลดังกล่าวนั้นได้กระทำความผิด หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะได้กระทำความผิด หรือมีสิ่งของในครอบครองเพื่อใช้ในการกระทำความผิด หรือซึ่งได้มาโดยการกระทำความผิด หรือมีไว้แล้วจะเป็นความผิด

ขอบเขตในการใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลนี้ เจ้าพนักงานของรัฐจะต้องเลือกมาตรฐานที่ก่อให้เกิดความยุติธรรมต่อบุคคลและเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมของรัฐให้มากที่สุดโดยทั่วไปแล้ว ความยุติธรรมในกรณีนี้แบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ (1) ความยุติธรรมในการแบ่งสรรปันส่วน (distributive justice) เป็นความยุติธรรมที่ใช้เปรียบเทียบกับความเหมาะสมของภาระส่วนบุคคล ว่าบุคคลเหล่านั้นได้หรือเสียผลประโยชน์ส่วนตนมากน้อยเพียงใด เมื่อเทียบกับผลประโยชน์ที่ภาครัฐโดยรวมที่รัฐจะได้รับ โดยการแบ่งสรรปันส่วนนี้ต้องมีสัดส่วนที่เหมาะสมแก่คุณภาพชีวิตของแต่ละบุคคลด้วย (2) ความยุติธรรมในการแลกเปลี่ยนทดแทน (commutative justice) เป็นความยุติธรรมในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนที่มีอำนาจต่อรองที่เท่าเทียมกัน โดยต่างฝ่ายต่างต้องแลกเปลี่ยนทดแทนกันและกันอย่างเสมอภาค ซึ่งในกรณีอย่างหลังนี้ ไม่เหมาะในการปรับใช้กับการเข้าถึงข้อมูลเพราะเป็นเรื่องระหว่างเอกชนด้วยกันเอง

อย่างไรก็ตาม ขอบเขตในการใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลจะมีความสมบูรณ์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลอย่างแท้จริงก็ต่อเมื่อ เป็นการเข้าถึงข้อมูลตามหลักนิติรัฐ กล่าวคือ เป็นหลักการที่กำหนดให้เจ้าพนักงานของรัฐต้องให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ หากจะมีการกระทำในที่กระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลก็จะต้องตราเป็นกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อให้รัฐล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ตามอำเภอใจ และเพื่อให้บุคคลเหล่านั้นได้ใช้สิทธิส่วนบุคคลได้ตามที่แต่ละบุคคลจะเห็นสมควร¹³⁰ ดังนั้นการที่เจ้าพนักงานของรัฐจะผูกพันตนต่อกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งตราขึ้น โดยรัฐสภาอันเป็นองค์กรที่ประกอบด้วยผู้แทนของประชาชน ยินยอมให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพได้เท่านั้น และหากว่าในขณะนั้นมีความจำเป็นที่เจ้าพนักงานของรัฐจะต้องล่วงละเมิดเข้าไปในสิทธิส่วนบุคคล รัฐจะต้องกระทำอยู่ในขอบเขตของความพอสมควรแก่เหตุ โดยชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลกับผลประโยชน์เพื่อส่วนรวมว่าอย่างใดมีมากกว่ากัน หลักนิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานรัฐนั่นเอง

¹³⁰ สมยศ เชื้อไทย. (2543). คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. หน้า 16.

4.2.7 ปัญหาการจับเก็บและเปิดเผยข้อมูลที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูล

การจับเก็บข้อมูลที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูลนั้น เมื่อเจ้าพนักงานสืบสวนสอบสวนของรัฐได้กระทำการเข้าถึงข้อมูลโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือได้ขออนุญาตต่อศาลหรือกระทำการดังกล่าวเพราะมีเหตุจำเป็นฉุกเฉินแล้ว ข้อมูลที่ได้มาก็ย่อมชอบด้วยกฎหมายและสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดในชั้นศาลได้ การจับเก็บข้อมูลข่าวสารตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษนั้นพนักงานสอบสวนคดีพิเศษผู้ร้องขอการเข้าถึงข้อมูลนั้นจะต้องนำคำสั่งที่อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาอนุญาต รวมทั้งบัญชีแสดงรายการ เครื่องมือ และอุปกรณ์ที่ใช้ในการดำเนินการ เสนอต่ออธิบดีหรือผู้บัญชาการสำนักคดีซึ่งเป็นอธิบดีที่มอบหมายเพื่อพิจารณาดำเนินการมีคำสั่งจับเก็บ¹³¹ และให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษที่ได้รับมอบหมายนั้นจัดให้มีการบันทึกข้อมูลข่าวสารที่มีไม่ให้มีการเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขโดยง่าย

การจับเก็บข้อมูลดังที่ได้กล่าวมาย่อมมีความแตกต่างกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เนื่องจากหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับพยานหลักฐานไม่ได้ระบุถึงวิธีการจับเก็บข้อมูล คงมีเพียงพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นมาโดยเฉพาะ โดยทั่วไปการจับเก็บข้อมูลที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูลมักจะพิจารณาตามระเบียบภายในของแต่ละหน่วยงานที่มีอำนาจในการเข้าถึงข้อมูล โดยระเบียบภายในเหล่านั้นจะมีพื้นฐานการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพมาจากรัฐธรรมนูญ ส่งผ่านมาในรูปของพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจของแต่ละหน่วยงาน การจับเก็บจึงมักจะรักษาไว้ในรูปของไฟล์ข้อมูลหรือเทปบันทึกเสียงเพื่อใช้ประโยชน์ในการสืบสวนและใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีเท่านั้น หากเป็นข้อมูลอื่น ๆ ที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับที่กล่าวมานี้ต้องทำลายทิ้งทั้งหมด ดังนั้นจึงสมควรอย่างยิ่งที่จะนำหลักการดังกล่าวมาใช้กับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยให้เป็นหน้าที่ของพนักงานสืบสวนสอบสวนที่ได้ขออนุญาตและได้กระทำการบันทึกเสียงดังกล่าวเป็นผู้จัดเก็บ และต้องเก็บบัญชีแสดงรายการ เครื่องมือ และอุปกรณ์ที่ใช้ในการดำเนินการไว้เป็นหลักฐาน เพื่อแสดงถึงการกระทำของตนด้วย และเป็นการป้องกันการกล่าวอ้างของบุคคลภายนอกที่ลักลอบนำข้อมูลดังกล่าวไปใช้ในทางที่ผิดจนทำให้เกิดความเสียหายกับผู้ที่ถูกเข้าถึงข้อมูลด้วย

สำหรับการเปิดเผยข้อมูลหรือการใช้ข้อมูลข่าวสารดังกล่าวจะใช้เป็นพยานหลักฐานเฉพาะในการดำเนินคดีที่เกี่ยวข้องการสืบสวนสอบสวนหรือค้นหาผู้กระทำความผิดเท่านั้น เพราะแม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะเป็นผู้กระทำความผิด แต่เขาก็สมควรจะได้รับความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลในฐานะที่เป็นอีกบุคคลหนึ่งที่อยู่ภายใต้กฎหมาย โดยเฉพาะข้อมูลที่ทับซ้อนกับการกระทำความผิด ความรัดกุมในการใช้ข้อมูลดังกล่าวย่อมต้องเข้มงวดมากขึ้นด้วย เมื่อกรณีได้ดำเนินการ

¹³¹ ข้อบังคับคณะกรรมการพิเศษว่าด้วยการเก็บรักษา การใช้ประโยชน์ข้อมูลข่าวสารที่ได้มา และการทำลายข้อมูลข่าวสารอื่น พ.ศ. 2547 ข้อ 8.

เก็บรักษาข้อมูลข่าวสารที่ได้มาแล้ว ให้พนักงานสืบสวนสอบสวนจัดทำรายงานบันทึกข้อมูล ข่าวสาร เกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ของบุคคล ที่วิเคราะห์ได้จากการบันทึกข้อมูลนั้นๆ และ ให้บันทึกถ้อยคำดังกล่าวเสนอผู้พิพากษาที่ได้ให้อนุญาต โดยเร็ว แต่ไม่เกิน 7 วันนับตั้งแต่วันที่ยุติการ ดำเนินการเข้าถึงข้อมูล และต้องปิดผนึก ประทับตรา และลงรายมือชื่อกำกับไว้ด้วย

ในกรณีที่การเปิดเผยข้อมูลได้กระทำให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเกิน สมควร การกระทำความดังกล่าวย่อมเป็นความผิดเว้นแต่การกระทำนั้นเป็นการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ หรือตามกฎหมายหรือตามคำสั่งของศาล บทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ คือ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงห้าปีหรือปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ แต่ถ้าเป็นกรณีของพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ หรือผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับการเข้าถึงข้อมูล ดังกล่าว ย่อมเห็นได้ว่าเป็นความไม่เอาใจใส่ของบุคคลที่ควรจะมีตามความสามารถของวิชาชีพ จึง สมควรที่จะต้องระวางโทษให้หนักขึ้นกว่าความผิดที่บุคคลทั่วไปได้กระทำ

แต่อย่างไรก็ตามบุคคลที่จะได้รับทราบถึงข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูลอาจ มีทั้งเจ้าพนักงานของรัฐและที่ไม่ใช่เจ้าพนักงานของรัฐ เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการเปิดเผย ข้อมูลที่ได้มาจึงสมควรนำพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษในเรื่องการกำหนดฐานความผิด ของการเปิดเผยข้อมูลในกรณีที่ได้เปิดเผยข้อมูลดังกล่าวจนทำให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ ส่วนบุคคลเกินสมควรมาบัญญัติลงในประมวลกฎหมายอาญาด้วย ในกรณีนี้ไม่น่าหลักในประมวล กฎหมายอาญามาตรา 163 และมาตรา 164 ใช้บังคับเนื่องจาก มาตรา 163 เป็นกรณีของเจ้าพนักงาน ที่มีหน้าที่ในการไปรษณีย์ โทรเลขหรือโทรศัพท์ กระทำการอันมิชอบในการเปิดหรือยอมให้เปิด ข้อมูลส่วนบุคคลหรือเป็นกรณีทำให้เกิดความเสียหายกับข้อมูลดังกล่าวซึ่งไม่ได้เกี่ยวกับการเข้าถึง ข้อมูล โดยเฉพาะ และมาตรา 164 ก็เช่นเดียวกันเพราะเป็นกรณีที่เจ้าพนักงานรู้หรืออาจรู้ความลับ เฉพาะในทางราชการหรือกระทำโดยประการใดอันมิชอบด้วยหน้าที่ให้ผู้อื่นล่วงรู้ความลับ นั้นเอง

4.2.8 ปัญหาการทำลายข้อมูลข่าวสารที่ไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด

ดังที่ได้ทราบแล้วว่าวัตถุประสงค์ของการสืบสวนคือ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน และเพื่อที่จะทราบรายละเอียดแห่งการกระทำความผิด การสืบสวนจึงมีขึ้นได้ทั้งก่อนที่ จะเกิดการกระทำผิดและภายหลังที่การกระทำผิดได้เกิดขึ้นแล้ว หากพฤติการณ์แสดงว่าความผิด อาจจะมีขึ้น การสืบสวนย่อมเป็นเครื่องช่วยเจ้าพนักงานในการดำเนินการสอบสวนความผิด นั้น¹³² ส่วนการสอบสวนคือ การรวบรวมพยานหลักฐานและการดำเนินการทั้งหลายตามบทบัญญัติ

¹³² คณิง ภาไชย. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. หน้า 53.

ของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งพนักงานสอบสวนได้ทำไปเกี่ยวกับความผิดที่กล่าวหา เพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิด และเพื่อจะเอาตัวผู้ทำผิดมาฟ้องลงโทษ¹³³

แต่กรณีที่ได้กล่าวมาเป็นการสืบสวนและการสอบสวนไม่ได้ให้ความหมายของวิธีการที่จะให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร การวางฐานความคิดในลักษณะนี้ย่อมทำให้ผู้ปฏิบัติเข้าใจไปเองว่า การค้นหาพยานหลักฐานโดยการเข้าถึงข้อมูลสามารถกระทำได้ เพราะเป็นการใช้วิธีที่เหมาะสมในการให้ได้พยานหลักฐานที่อยากจะเข้าถึง อีกทั้งพยานหลักฐานที่ได้มานั้นก็ชอบด้วยกฎหมายและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญอีกด้วย สิ่งสำคัญที่เจ้าพนักงานต้องปฏิบัติเสมอคือหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองตามกฎหมาย เพื่อเป็นหลักประกันความปลอดภัยและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยการปฏิบัติดังกล่าวต้องควบคู่ไปกับการป้องกันและปราบปรามผู้กระทำความผิดด้วย เพราะสังคมคงไม่อาจดำรงอยู่ได้ถ้ากฎหมายที่มีใช้บังคับไม่สามารถดำเนินการกับผู้กระทำความผิดได้

เมื่อการเข้าถึงข้อมูลเป็นการล่วงเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของความเป็นส่วนบุคคล ข้อมูลที่ได้จากการเข้าถึงข้อมูลก็ย่อมเป็นเรื่องส่วนบุคคล การกระทำดังกล่าวจึงต้องอนุญาตเพื่อให้มีอำนาจกระทำการเข้าถึงข้อมูลได้ และหากข้อมูลดังกล่าวนั้นไม่มีประโยชน์ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดหรือสืบสวนค้นหาการกระทำความผิดอาญา ก็ไม่สมควรเก็บรักษาข้อมูลเหล่านั้นไว้อีก ดังเช่นข้อบังคับคณะกรรมการคดีพิเศษว่าด้วยการเก็บรักษาการใช้ประโยชน์ข้อมูลข่าวสารที่ได้มาและการทำลายข้อมูลข่าวสารอื่น ที่วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า การทำลายข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูล ให้อธิบดีแต่งตั้งคณะกรรมการจากพนักงานสอบสวนคดีพิเศษในตำแหน่งระดับแปรคืบขึ้นไป เพื่อกระทำการทำลายข้อมูลข่าวสารเหล่านั้น และเมื่อดำเนินการแล้วให้จัดทำบันทึกรายงานให้อธิบดีทราบด้วย จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวคล้ายกับหลักกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญของเยอรมัน มาตรา 10 (G10) และมาตรา 7 (4) ที่กำหนดให้ทำลายข้อมูลที่ได้มาจากการดักฟังการติดต่อสื่อสาร ก็ต่อเมื่อไม่มีความจำเป็นที่จะต้องใช้ประโยชน์อีกต่อไป โดยให้การทำลายข้อมูลเหล่านี้อยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีคุณวุฒิสำเร็จการศึกษาเป็นนักกฎหมายวิชาชีพ และจะต้องมีการบันทึกและลงนามไว้เป็นหลักฐานด้วย

สำหรับการทำลายข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูลตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น ควรเป็นกรณีเมื่อไม่มีความจำเป็นที่จะต้องใช้ข้อมูลที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูล หรือเพื่อป้องกันการกระทำความผิดอาญาในฐานอื่นๆ และการทำลายข้อมูลเหล่านี้จะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของพนักงานสืบสวนสอบสวนซึ่งเป็นผู้ขออนุญาตต่อศาลให้มีการเข้าถึงข้อมูลเป็นผู้ดำเนินการทำลาย โดยบุคคลดังกล่าวนี้ต้องมีคุณวุฒิสำเร็จการศึกษาเป็นนักกฎหมายวิชาชีพ เพื่อ

¹³³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (11).

เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล การทำลายข้อมูลข่าวสารนี้หากเป็นการขอความร่วมมือจากเอกชนจะต้องกระทำภายใต้การควบคุมดูแลของเจ้าพนักงานของรัฐที่ได้รับอำนาจ จากศาลที่อนุญาตให้มีการเข้าถึงข้อมูลนั้นด้วย และท้ายที่สุดจะต้องให้เจ้าพนักงานที่ควบคุมดูแลการทำลายนั้นลงนามไว้เป็นหลักฐานด้วย

4.3 การตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจของการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสาร

หลักสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า “หลักนิติรัฐ” (Legal State Principle) มีสาระสำคัญว่ารัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการใดที่กระทบสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ หรือที่รู้จักกันทั่วไปในสุภาษิตกฎหมายมหาชนที่ว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจ (รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ) ไว้ จะกระทำมิได้ (โดยเฉพาะเมื่อกระทบถึงสิทธิเสรีภาพปัจเจกชน)” ซึ่งหลักนิติรัฐนี้แตกต่างจากแนวคิดของรัฐตำรวจที่ว่า วัตถุประสงค์สุดท้ายเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการติดต่อสื่อสาร ตามหลักนิติรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะทำการเข้าถึงข้อมูลได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจเข้าถึงข้อมูล เจ้าหน้าที่ของรัฐจะทำการเข้าถึงข้อมูลไม่ได้¹³⁴

ปัจจุบันความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีเป็นแรงผลักดันให้กฎหมายมีพัฒนาการที่ดีขึ้น การเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารจึงเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่น่าสนใจ เพราะช่วยให้ทราบถึงข้อเท็จจริงและค้นหาหลักฐานในการทำความผิด ได้สะดวกรวดเร็วและมีศักยภาพมากขึ้น ดังนั้น เมื่อการสืบสวนสอบสวนที่ใช้เทคนิควิธีการต่างๆ โดยเฉพาะการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารมีความจำเป็น จึงสมควรที่จะมีการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจในการเข้าถึงข้อมูลนี้ เพื่อให้การกระทำดังกล่าว นั้น ไม่เป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเกินไปเกินสมควร และยังเพิ่มความน่าเชื่อถือในการบังคับใช้กฎหมายอีกทางหนึ่งด้วย

4.3.1 ปัญหาในเรื่องแนวทางของอัยการในการตรวจสอบการเข้าถึงข้อมูล

ความสามารถในการประกอบอาชญากรรมในปัจจุบันมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ทำให้ระบบการสืบสวนสอบสวนมีการเปลี่ยนแปลงไปมาก ดังนั้นเพื่อป้องกันปราบปรามการกระทำ ความผิดดังกล่าวและเพื่อรองรับกับสภาพปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นในกระบวนการค้นหาพยานหลักฐาน การพัฒนาพนักงานสืบสวนสอบสวนให้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในแต่ละสายงาน

¹³⁴ มานิตย์ จุมปลา. (2546, 1 พฤศจิกายน). “กฎหมายข้อมูลส่วนบุคคล.” วารสารข่าวกฎหมายใหม่, 15, 1. หน้า 36–41.

ประกอบกับการมอบอำนาจให้อย่างเหมาะสม ย่อมเป็นการเพิ่มขีดความสามารถในการสืบสวนสอบสวนให้มีประสิทธิภาพ

ความแตกต่างของพนักงานสืบสวนสอบสวนตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กับพนักงานสอบสวนคดีพิเศษคือ ความยุ่งยากซับซ้อน แต่บางกรณีข้อเท็จจริงก็ไม่ได้ยุ่งยากและซับซ้อนถึงขนาดต้องเป็นคดีพิเศษแต่มีความจำเป็นที่จะต้องใช้มาตรการพิเศษเพราะลักษณะของความคิดไม่อาจค้นหาพยานหลักฐานได้เลย เมื่อเป็นเช่นนั้นมาตรการต่างๆที่ใช้ในการดำเนินคดีแบบพิเศษจึงใช้กับคดีแบบปกติไม่ได้ เพราะปราศจากการคุ้มครองทางกฎหมายจึงทำให้พนักงานสืบสวนสอบสวนไม่ยอมปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มความสามารถเนื่องจากตนอาจถูกดำเนินคดีได้นั้นเอง¹³⁵ การให้พนักงานสืบสวนสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสามารถใช้มาตรการพิเศษต่างๆได้ เช่น การขออนุญาตเพื่อกระทำการเข้าถึงข้อมูล อำนาจดังกล่าวจึงสมควรอย่างยิ่งที่จะต้องมียุทธศาสตร์ตรวจสอบการใช้อำนาจที่มีประสิทธิภาพ รวมทั้งมีการประเมินผลการใช้มาตรการพิเศษต่างๆในการปฏิบัติหน้าที่เป็นระยะ และมีระบบการคัดสรรบุคลากรที่เข้มงวดและโปร่งใส เพื่อให้งานสืบสวนสอบสวนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

โดยทั่วไปกฎหมายจะมีการตรวจสอบอยู่สองระบบคือ การตรวจสอบภายในและการตรวจสอบภายนอก ซึ่งการตรวจสอบภายในเป็นกระบวนการปกติที่การดำเนินคดีอาญาทุกขั้นตอนจะต้องสามารถควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจได้ อีกทั้งเป็นการป้องกันมิให้การใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบมาจากในองค์กร การดำเนินคดีอาญาจึงต้องมีการตรวจสอบการใช้อำนาจ จึงกล่าวได้ว่าการควบคุมตรวจสอบในหน่วยงานนั้นเป็นเรื่องปกติที่ปฏิบัติอยู่แล้ว แต่การตรวจสอบภายในมักจะมีปัญหาในเรื่องความโปร่งใสในการตรวจสอบ เนื่องจากการตรวจสอบโดยเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานกันเอง ทำให้การตรวจสอบดังกล่าวไม่เป็นกลไกที่ทำให้เกิดการตรวจสอบอย่างแท้จริง (Check and balance) การสร้างกลไกการตรวจสอบภายนอกองค์กรจึงมีความสำคัญมากขึ้น เพราะเป็นการให้อำนาจองค์กรอื่นหรือหน่วยงานอื่นนอกเหนือไปจากองค์กรที่ถูกตรวจสอบ เป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจหน้าที่ว่าถูกต้องตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้หรือไม่ โดยองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบต้องไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาขององค์กรที่ถูกตรวจสอบ

ในการสืบสวนสอบสวน โดยใช้มาตรการพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลนั้นเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดและเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของผู้ที่ถูกเข้าถึงข้อมูล การให้พนักงานอัยการเข้ามามีส่วนร่วมในการสืบสวนสอบสวนย่อมทำให้การสืบสวนสอบสวนมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และเมื่อพิจารณาในหลักการแล้วการมีส่วนร่วมของพนักงานอัยการย่อมเป็นการให้อำนาจควบคุมและตรวจสอบพนักงาน

¹³⁵ สุรพล ไตรเวทย์. การสอบสวนคดีพิเศษ. หน้า 118.

สืบสวนสอบสวนอีกทางหนึ่งด้วย แม้ว่าจะไม่มีการบัญญัติกฎหมายไว้โดยตรงว่าพนักงานอัยการมีอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบ แต่การมีส่วนร่วมของพนักงานอัยการก็เป็นการตรวจสอบในเรื่องการรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสืบสวนสอบสวนว่าเป็นไปในแนวทางที่รูปคดีนั้นควรจะเป็นหรือไม่ และยังเป็นหลักประกันในอนาคตให้กับผู้ที่เกี่ยวข้องในคดี ที่จะได้รับการตรวจสอบอีกชั้นหนึ่งว่า ได้มีการกระทำความผิดจริงหรือไม่ เพราะหากไม่มีการกระทำความผิด พนักงานอัยการก็จะไม่มีคำสั่งไม่ฟ้องคดีโดยเร็วที่สุด

ดังนั้นหากพนักงานอัยการเข้ามามีส่วนร่วมในการสืบสวนสอบสวน พนักงานอัยการย่อมจะรู้ข้อเท็จจริงในคดี รวมทั้งการค้นหาคำพยานหลักฐานต่างๆด้วยวิธีการเข้าถึงข้อมูลที่พนักงานสืบสวนสอบสวนได้กระทำลงไปว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเกินสมควรหรือไม่ เพราะหากเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลที่เกินสมควรพนักงานอัยการจะได้ทำการหาวิธีเยียวยาผู้เสียหายได้ทันที กรณีจึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นการสมควรที่จะมีพนักงานอัยการเข้ามามีส่วนร่วมในการควบคุมและตรวจสอบการสืบสวนสอบสวนร่วมกับพนักงานสืบสวนสอบสวน เพราะนอกจากจะเป็นการช่วยให้การใช้ดุลพินิจในเรื่องการกระทำการเข้าถึงข้อมูลมีประสิทธิภาพมากขึ้น ยังเป็นการช่วยอำนวยความสะดวกในด้านกรรวบรวมพยานหลักฐานในคดีให้มีประสิทธิภาพและสามารถพิสูจน์ความจริงให้แน่ชัดก่อนที่จะไปถึงชั้นศาลได้ กล่าวคือการดำเนินคดีจะมีความสะดวกเร็วมากขึ้นเนื่องจากพนักงานอัยการได้รู้ข้อเท็จจริงที่เป็นพยานหลักฐานมาตั้งแต่ต้นจึงสามารถมีคำสั่งในการฟ้องคดีได้อย่างถูกต้องโดยไม่ต้องรอให้สำนวนการสอบสวนมาถึงต้นก่อนแล้วค่อยมีอำนาจในการตรวจสอบนั่นเอง

4.3.2 ปัญหาในเรื่องแนวทางของศาลอาญาในการตรวจสอบการเข้าถึงข้อมูล

กรณียอมเข้าใจกันโดยทั่วไปว่าบุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตามหรือข้อมูลข่าวสารหรือเอกสารสิ่งพิมพ์ต่างๆซึ่งได้ส่งถึงกันทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ โทรสาร คอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์ในการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์อื่นใด อาจมีการใช้ในทางที่มีชอบด้วยกฎหมายเพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดได้ จึงมีบางพระราชบัญญัติที่ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการเข้าถึงข้อมูล เพื่อเสริมประสิทธิภาพในการค้นหาคำพยานหลักฐานและเพื่อป้องกันปราบปรามผู้กระทำความผิดนั่นเอง

เมื่อนำหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการให้อำนาจในการเข้าถึงข้อมูลมาเปรียบเทียบกับกรค้นหาคำพยานหลักฐานตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะพบว่า ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้วางข้อจำกัดในเรื่องความหลากหลายในการค้นหาคำพยานหลักฐาน จึงอาจกล่าวได้ว่าการค้นหาคำพยานหลักฐานสามารถกระทำได้ทุกรูปแบบขอเพียงต้องไม่เป็นกรณีของ

พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่นใด¹³⁶ เมื่อมองในมุมนี้อำนาจของพนักงานสืบสวนสอบสวนย่อมมากพอที่จะกระทำการเข้าถึงข้อมูลได้ โดยเฉพาะการเข้าถึงข้อมูลในกรณีที่มีเหตุฉุกเฉิน หลักการคิดในมุมนี้จึงไม่เหมาะสมนัก แต่วิธีการแก้ไขที่สอดคล้องกับสภาพสังคมที่พัฒนาอย่างรวดเร็วคือ การบัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องการเข้าถึงข้อมูลในกรณีที่มีเหตุฉุกเฉิน ไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วยนั่นเอง

การวางหลักเกณฑ์เรื่องการตรวจสอบการเข้าถึงข้อมูลเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ เพราะการสืบสวนสอบสวนในคดีอาญาเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง การคิดค้นวิธีการตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจนี้จึงเกิดขึ้น เพื่อมิให้หน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมมีอำนาจเด็ดขาดในการสืบสวนสอบสวนซึ่งอาจนำไปสู่การใช้อำนาจที่ไม่ถูกต้องได้ การใช้อำนาจตรวจสอบภายนอกโดยศาลถือเป็นบทบาทที่มีความสำคัญเพราะการที่พนักงานสืบสวนสอบสวนจะกระทำการเข้าถึงข้อมูลที่ต้องการตามกฎหมายได้จะต้องขออนุญาตต่อศาลเสมอ จึงทำให้พนักงานสืบสวนสอบสวนต้องส่งสำเนาบันทกเหตุสงสัยตามสมควรที่เชื่อได้ว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นอย่างแน่นอนให้กับศาล เพื่อเป็นพยานหลักฐานในการกระทำที่ถูกต้องของตน

อย่างไรก็ตามการส่งสำเนาบันทกเหตุสงสัยตามสมควรดังกล่าวเพื่อให้ศาลตรวจสอบในทางปฏิบัติของศาลยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนเนื่องจากยังเป็นมาตรการใหม่ทำให้การตรวจสอบประเภทนี้เกิดขึ้นน้อยมาก สำหรับกรณีที่จะเกิดขึ้นกับการตรวจสอบของศาลคือ กรณีการเข้าถึงข้อมูลที่มีเหตุจำเป็นฉุกเฉิน ซึ่งทำให้การส่งสำเนาบันทกเหตุสงสัยตามสมควรที่เชื่อได้ว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นนั้น ส่งหลังจากที่ได้มีการกระทำการเข้าถึงข้อมูลไปแล้ว การรายงานเหตุสงสัยตามสมควรให้แก่ศาลจึงอาจกลายเป็นการสร้างพยานหลักฐานทางเอกสารว่ามีเหตุสมควรในการเข้าถึงข้อมูลได้ ที่ทำเช่นนั้นอาจเพราะเป็นเรื่องที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ ถ้าต้องการไม่ให้ตนเองถูกดำเนินคดีเมื่อเกิดการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวที่มาจากความเชื่อโดยสุจริตที่ผิดพลาด จากกรณีดังกล่าวมาจึงทำให้การเข้าถึงข้อมูลโดยพนักงานสืบสวนสอบสวนได้รับการตรวจสอบอย่างเข้มข้น และยังเป็นการบังคับให้พนักงานสืบสวนสอบสวนพิจารณาถึงเหตุสงสัยอันสมควรในการเข้าถึงข้อมูลมากยิ่งขึ้นด้วย

โดยปกติแล้วการเข้าถึงข้อมูลจะต้องมีเหตุให้กระทำการดังกล่าวได้ไม่เช่นนั้นพนักงานสืบสวนสอบสวนย่อมไม่กล้าส่งสำเนาเหตุสงสัยตามสมควรในการเข้าถึงข้อมูลให้กับศาลอย่างแน่นอน กรณีที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือ การให้พนักงานสืบสวนสอบสวนปฏิบัติหน้าที่ในการเข้าถึงข้อมูลไปก่อนแล้วจึงค่อยมีการตรวจสอบทีหลังโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรกลาง ย่อมทำให้การสืบสวนสอบสวนเกิดความคล่องตัวมากขึ้นและยังเป็นประโยชน์ในการรวบรวมพยานหลักฐาน

¹³⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226.

อีกด้วย แต่การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลมากเกินไปจนสมควรถ้าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้บริสุทธิ์ และคงไม่สามารถแก้ไขได้เท่าใดนักนอกจากการเยียวยาเรื่องค่าเสียหาย และกรณีคงเป็นสิทธิของผู้เสียหายถ้าต้องการฟ้องเป็นคดีต่อพนักงานสืบสวนสอบสวนที่ได้กระทำการเข้าถึงข้อมูลโดยมิชอบ

กรณีเพื่อเป็นการเสริมประสิทธิภาพในการตรวจสอบมากขึ้น ถ้าเมื่อใดที่ศาลเห็นว่าการกระทำการเข้าถึงข้อมูลนั้นไม่มีเหตุผลอันสมควร ศาลย่อมอาจทำบันทึกข้อสังเกต โดยแจ้งมาที่พนักงานสืบสวนสอบสวนหรือส่งหนังสือไปยังผู้บังคับบัญชาที่อยู่เหนือขึ้นไปของพนักงานสืบสวนสอบสวนที่กระทำการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าว ว่ามีการเข้าถึงข้อมูลโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร จนเป็นเหตุให้ประชาชนถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพ เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาที่อยู่เหนือขึ้นไปนั้นดำเนินการตรวจสอบภายในทางการบริหารราชการต่อไป กรณีที่กล่าวมานี้ย่อมทำให้ผู้ที่กระทำการเข้าถึงข้อมูลเกิดความเกรงกลัวเนื่องจากอาจมีผลต่อหน้าที่การงานของผู้ที่กระทำการเข้าถึงข้อมูลโดยตรง

ส่วนการพิจารณาคดีของศาลในกรณีการเข้าถึงข้อมูลโดยปราศจากเหตุสงสัยอันสมควร จะต้องพิจารณาถึงการได้มาของพยานหลักฐาน โดยปราศจากเหตุสงสัยอันสมควรตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 เพราะกรณีอาจเป็นพยานหลักฐานโดยมิชอบประการอื่น ก็เป็นพยานหลักฐานที่พนักงานสืบสวนสอบสวนได้มาโดยมิได้ปฏิบัติตามกฎหมายแต่ไม่ร้ายแรง กล่าวคือไม่ได้เป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ เพียงแต่ได้พยานหลักฐานมาโดยมิสมควร จึงถือได้ว่า พยานหลักฐานนั้นยังสามารถรับฟังได้

4.3.3 ปัญหาในเรื่องการถ่วงดุลอำนาจในการตรวจสอบการเข้าถึงข้อมูล

โดยทั่วไปแล้ว การสืบสวนสอบสวนคดีอาญา ก็เพื่อค้นหาความจริงในคดี แต่การที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการสืบสวนสอบสวนคดีเอาไว้ จึงทำให้บางครั้งการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานกระทบสิทธิต่อประชาชนได้ โดยเฉพาะการค้นหาพยานหลักฐานแบบการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสาร ทั้งนี้เพราะการสืบสวนสอบสวนคดี ไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติหน้าที่ก่อนที่จะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น หรือเป็นการกระทำภายหลังที่เกิดเหตุ การสืบสวนสอบสวนก็จำเป็นต้องใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่แต่ละบุคคลว่าจะใช้วิธีการอย่างไรเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานต่างๆ รวมถึงเพื่อให้ทราบถึงรายละเอียดของการกระทำผิดดังกล่าวด้วย ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนและไม่ให้ไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจในการเข้าถึงข้อมูลจึงเป็นเรื่องสำคัญ

ปัจจุบันความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี การติดต่อสื่อสาร และการคมนาคมนั้นสามารถติดต่อถึงกันได้สะดวก รวดเร็ว และยากแก่การตรวจสอบติดตามโดยวิธีปกติที่เคยทำ

มาในอดีต ทำให้ แนวความคิดในการถ่วงดุลอำนาจในการตรวจสอบการเข้าถึงข้อมูลนั้น เริ่มได้รับความนิยมนมากขึ้น ดังนั้น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และมั่นคงของรัฐ จึงจำเป็นต้องมีระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจตามกฎหมายที่ชัดเจนและรัดกุม โดยให้อัยการหรือศาลเป็นผู้ตรวจสอบ¹³⁷ ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้มีความคล้ายคลึงกับ การเก็บรักษาข้อมูลที่ได้จากการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสาร ของสำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด โดยกำหนดให้นำข้อมูลไปเก็บไว้ที่ศาลโดยไม่ผ่านพนักงานอัยการ ซึ่งเป็นหลักการใหม่ ทำให้พนักงานอัยการไม่สามารถตรวจสอบการเข้าถึงข้อมูลของพยานหลักฐาน และวิธีการในการจัดเก็บข้อมูลนั้นๆ

อำนาจในการตรวจสอบถ่วงดุลการเข้าถึงข้อมูลนั้น ควรมีทั้งการตรวจสอบภายนอกและการตรวจสอบภายใน ดังจะเห็นได้ จากการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ ที่ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า พนักงานสอบสวนคดีพิเศษจะต้องได้รับอนุมัติจากอธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษเป็นหนังสือเสียก่อน ซึ่งเป็นการตรวจสอบภายใน หลังจากนั้น จึงยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา เพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษกระทำการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารดังกล่าว นั้น อันเป็นการตรวจสอบภายนอก¹³⁸ ดังนั้นหากจะนำหลักเกณฑ์การเข้าถึงข้อมูลการติดต่อสื่อสาร มาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ก็สมควรกำหนดอำนาจในการตรวจสอบถ่วงดุลการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารดังกล่าวนี้ด้วย ซึ่งกรณีอาจเป็นพนักงานอัยการหรือศาลก็ได้ สำหรับขั้นตอนและหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบ โดยทั่วไปการตรวจสอบภายนอก ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ตรวจสอบควรออกระเบียบข้อบังคับเป็นการเฉพาะ เช่น ระเบียบที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนและรัดกุม ส่วนการตรวจสอบภายใน ก็ให้เป็นหน้าที่ของแต่ละองค์กรหรือหน่วยงานเป็นผู้รับผิดชอบ เพราะแต่ละหน่วยงานย่อมมีทักษะและความชำนาญในการกลั่นกรองตรวจสอบข้อมูลที่อยู่ในอำนาจของตนอยู่แล้ว

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้วางขอบเขตของอำนาจการตรวจสอบถ่วงดุลการเข้าถึงข้อมูลไว้ กรณีจึงต้องพิจารณาจาก แนวความคิดของหลัก “เหตุผลอันควรสงสัยว่ามีการกระทำความผิด (reasonable suspicion)” กล่าวคือ เป็นการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยเหตุผลของวิญญูชนจากข้อเท็จจริงที่ยังไม่ปรากฏชัด และถือเป็นพยานหลักฐานในเบื้องต้นที่จะนำไปสู่กระบวนการสืบสวนสอบสวน ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์สำคัญตามหลักนิติรัฐในการตรวจสอบว่าเจ้าพนักงานของรัฐได้กระทำการลงไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์เชิง

¹³⁷ กมลชัย รัตนสกววงศ์ และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). แนวทางในการร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้อง. หน้า 77.

¹³⁸ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มาตรา 25.

ปฏิบัติ จึงไม่มีความหมายทางเทคนิคที่แน่นอน กล่าวได้ว่าเป็นดุลพินิจอย่างหนึ่ง¹³⁹ (แต่ไม่ใช่ดุลพินิจที่เป็นอำนาจตามอำเภอใจ) เพื่อนำกฎหมายมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงได้อย่างยืดหยุ่น และเป็นการตรวจสอบหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการเข้าแทรกแซงของรัฐอีกด้วย

ดังนั้น เหตุผลอันควรสงสัยว่ากระทำความผิด (reasonable suspicion) จึงเป็นข้อเท็จจริงที่มีความชัดเจนเพียงพอที่เจ้าพนักงานเชื่อได้ว่าเกิดการกระทำความผิดเกิดขึ้น หรือเชื่อว่าจะมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด เหตุผลอันควรสงสัยว่ากระทำความผิดนี้ อาจมีขึ้นได้ทั้งก่อนมีการกระทำความผิด ระหว่างการกระทำความผิด และภายหลังการกระทำความผิด¹⁴⁰ ซึ่งความสงสัยนี้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ได้รับ โดยข้อเท็จจริงดังกล่าวจะต้องมีน้ำหนักเพียงพอที่ศาลจะรับฟังได้ และหากไม่มีมูลเหตุดังที่กล่าวมาแล้ว ก็ย่อมไม่สมควรอนุญาตให้กระทำการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารดังกล่าวนั้นๆ ได้ แต่ต้องพิจารณาเป็นอีกกรณีไป ถ้ามีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่วิญญูชนโดยทั่วไปเห็นได้ว่า มีความเป็นไปได้ที่จะพบการกระทำความผิด

4.3.4 ปัญหาในเรื่องกรอบการใช้ดุลพินิจในการตรวจสอบการเข้าถึงข้อมูล

การวางหลักเกณฑ์เรื่องการเข้าถึงข้อมูลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานับว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่ใหม่มาก ถ้าไม่รวมกับพระราชบัญญัติอื่นๆ ที่วางหลักเกณฑ์ไว้ก่อนแล้ว เช่น พระราชบัญญัติการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน มาตรา 46 โดยให้พนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งเลขาธิการมอบหมายเป็นหนังสือ จะขอยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลแพ่ง เพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้พนักงานเจ้าหน้าที่เข้าถึงบัญชี ข้อมูลทางการสื่อสาร หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลดังกล่าวนั้นก็ ได้ ด้วยเหตุนี้การใช้ดุลพินิจในการตรวจสอบการเข้าถึงข้อมูลจึงเป็นเรื่องที่กระทำได้ยาก เนื่องจากเป็นการควบคุมของพนักงานสืบสวนสอบสวนผู้ที่กำลังปฏิบัติโดยตรง และไม่อาจใช้วิธีการตรวจสอบได้ตลอดเวลา การควบคุมโดยให้ศาลออกกฎหรือข้อบังคับ เป็นกรณีไปจึงน่าจะเหมาะสมที่สุด

การวางกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับของศาลในเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ระหว่างการเข้าถึงข้อมูลนั้น สมควรไม่อนุญาตให้มีการเข้าถึงข้อมูลหากไม่มีความจำเป็นใดๆ หรือพบว่ามีวิธีการอื่นที่จะได้ข้อมูล เพื่อป้องกันการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน และหากต้องการให้การใช้ดุลพินิจในการตรวจสอบของการเข้าถึงข้อมูลมีประสิทธิภาพมากขึ้น ก็อาจให้ผู้มีอำนาจระดับที่สูงกว่าพนักงานสืบสวนสอบสวนที่จะกระทำการเข้าถึงข้อมูลเป็นผู้กลั่นกรองอีกชั้นก็ได้

¹³⁹ วคินี วงศ์นิติ. (2550). อำนาจสืบสวนคดีอาญาของเจ้าพนักงาน : ศึกษามาตรการในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน. หน้า 37.

¹⁴⁰ Zalman , Marvin. (2002). *Criminal procedure : Constitution and Society*. p.128.

เพื่อจะได้ช่วยถ่วงน้ำหนักว่ามีเหตุอันควรสงสัยหรือความจำเป็นเร่งด่วนหรือไม่ ผลก็คือเป็นการป้องกันความผิดพลาดอันเกิดจากการเข้าถึงข้อมูลโดยไม่มีเหตุอันสมควรนั่นเอง

การวางหลักเกณฑ์ของการตรวจสอบ โดยให้พนักงานสืบสวนสอบสวนจัดทำบันทึกเหตุสงสัยตามสมควรหรือพฤติกรรมที่ต้องสงสัยหรือความเกี่ยวพันที่เกี่ยวกับเหตุสงสัยตามสมควรหรือพฤติกรรมที่ต้องสงสัยที่ทำให้เชื่อว่าต้องดำเนินการเข้าถึงข้อมูลก่อนการเข้าถึงข้อมูลวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการแก้ปัญหาการกำหนดเหตุสงสัยขึ้นภายหลังจากที่ได้พยานหลักฐานโดยการเข้าถึงข้อมูลไปแล้ว เนื่องจากยอมไม่ถูกต้องตามวัตถุประสงค์ของการเข้าถึงข้อมูลที่ต้องการค้นหาพยานหลักฐาน โดยมีเหตุผลอันสมควร ไม่ใช่กระทำไปก่อนแล้วจึงพิจารณาถึงความเหมาะสมในภายหลัง วัตถุประสงค์อีกประการหนึ่งคือ เพื่อให้พนักงานสืบสวนสอบสวนกระทำด้วยความรอบคอบ ซึ่งเป็นการเสริมประสิทธิภาพในการสืบสวนสอบสวน การป้องกันปราบปรามอาชญากรรม การรักษาความสงบเรียบร้อย และการค้นหาพยานหลักฐานที่มีความเหมาะสมกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แม้ว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาเป็นเพียงหลักเกณฑ์กว้างๆและไม่ชัดเจนเท่าที่ควร แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวก็เป็นจุดเริ่มต้นของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ที่ทำให้การดำเนินการเข้าถึงข้อมูลมีความรอบคอบมากขึ้น

ประเด็นที่จะต้องพิจารณาคือ การเข้าถึงข้อมูลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา นอกจากจะให้พนักงานสืบสวนสอบสวนแสดงความบริสุทธิ์ก่อนการเข้าถึงข้อมูลแล้ว จำเป็นหรือไม่ที่จะต้องรายงานเหตุการณ์การเข้าถึงข้อมูลเป็นหนังสือหรือไม่ กรณีจึงต้องพิจารณาว่า หลังการขออนุญาตจากศาลแล้ว ศาลได้วางข้อกำหนดหรือหลักเกณฑ์ใดๆเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลอย่างไรบ้าง เพราะถ้าการวางข้อกำหนดหรือหลักเกณฑ์นั้นมิอย่างรัดกุมแล้วก็ย่อมไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมียางานถึงผลของการเข้าถึงข้อมูลเป็นหนังสือ เพราะพนักงานสืบสวนสอบสวนไม่สามารถกระทำการใดๆที่เกินเลยไปกว่าขอบเขตของอำนาจที่ได้รับ อีกทั้งถ้าพนักงานสืบสวนสอบสวนไม่ปฏิบัติตามแล้วเกิดความเสียหายกับผู้ถูกดำเนินการเข้าถึงข้อมูล ผู้เสียหายดังกล่าวย่อมฟ้องเป็นคดีความขึ้นใหม่ได้ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา แต่ถ้าศาลได้วางข้อกำหนดหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลไว้อย่างกว้าง กรณียอมสมควรให้พนักงานสืบสวนสอบสวนทำรายงานถึงผลของการเข้าถึงข้อมูลเป็นหนังสือแก่ศาล เพื่อเป็นหลักฐานว่าการกระทำของตนได้กระทำโดยถูกต้องตามกฎหมายแล้ว และกรณีอาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีได้อีกด้วย

อย่างไรก็ตามการใช้ดุลพินิจในการเข้าถึงข้อมูลนั้น ควรที่จะมีกรอบของกฎหมายกำหนดให้ชัดเจน เพราะวิธีดำเนินการเข้าถึงข้อมูลนั้นแม้ว่าจะมีความสำคัญต่อการค้นหาพยานหลักฐานอย่างมาก แต่กรณีก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ถูกกระทำ

การเข้าถึงข้อมูลอยู่แล้ว และเพื่อให้การเข้าถึงข้อมูลเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ได้รับความเสียหายมากเกินไปในทิศทางเดียวกันทั้งกฎหมายวิพิจารณาความอาญาและพระราชบัญญัติอื่นๆ เนื่องจากความแตกต่างของหลักเกณฑ์ทางกฎหมายทำให้เกิดความสับสนในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสืบสวนสอบสวน ส่วนกรณีมาตรฐานในการปฏิบัติหน้าที่ในการเข้าถึงคงเป็นเรื่องภายในที่แต่ละหน่วยงานจะออกระเบียบภายในหรือใช้หลักในการตรวจสอบภายในกันเอง ส่วนการเข้าถึงข้อมูลโดยไม่ได้ขออนุญาตศาลก็สมควรให้มีต่อไป และให้เป็นการใช้ดุลพินิจของพนักงานสืบสวนสอบสวน โดยเฉพาะกรณีที่ต้องกระทำการเข้าถึงข้อมูลด้วยความจำเป็นเร่งด่วน เพื่อให้การรวบรวมพยานหลักฐานเป็นไปอย่างรวดเร็วและถูกต้องตามกฎหมายนั่นเอง

4.4 วิเคราะห์ความไม่ชัดเจนในการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย

ดังที่ได้ทราบแล้วว่าอาชญากรรมมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ผู้กระทำความผิดมีความรู้ความสามารถและเชี่ยวชาญในรูปแบบของการกระทำความผิดที่ซับซ้อน ยากแก่การค้นหาพยานหลักฐานเพื่อนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมจึงไม่ใช่เรื่องง่ายอีกต่อไป การวางหลักเกณฑ์ทางของกฎหมายที่ให้สิทธิแก่พนักงานสืบสวนสอบสวนจึงเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่ทรงประสิทธิภาพ เนื่องจากพระราชบัญญัติที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลนั้นยังไม่เพียงพอ เพราะการที่จะใช้หลักเกณฑ์เหล่านั้นได้จะต้องอยู่ในขอบเขตของการใช้อำนาจดังกล่าวตามพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วย เช่น การใช้หลักเกณฑ์การเข้าถึงข้อมูลตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ จะต้องเป็นคดีพิเศษตามที่ระบุไว้ในท้ายพระราชบัญญัตินี้ หรือ การใช้หลักเกณฑ์การเข้าถึงข้อมูลตามพระราชบัญญัติการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด จะต้องเป็นกรณีที่การกระทำความผิดมีความเกี่ยวข้องกับยาเสพติดนั่นเอง

อย่างไรก็ตามหากว่ามีการวางหลักเกณฑ์การเข้าถึงข้อมูลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ลำพังเพียงหลักเกณฑ์อย่างเดียวย่อมไม่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพ เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายเป็นการปฏิบัติต่อบุคคล จึงย่อมเป็นธรรมดาที่การกระทบกันระหว่างสิทธิเสรีภาพของบุคคลกับการใช้อำนาจของรัฐในการค้นหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความจริงหรือเท็จของผู้กระทำความผิด การซึ่งน้ำหนักของสิทธิทั้งสองประการดังกล่าว¹⁴¹จึงต้องทำอย่างรอบคอบเพื่อไม่ให้กระทบต่อสิทธิประการใดประการหนึ่งมากเกินไป

¹⁴¹ คณิต ฒ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 326.

ปัญหาในทางปฏิบัติคือ การแสดงความบริสุทธิ์ก่อนการเข้าถึงข้อมูล เพราะโดยลักษณะของการกระทำแล้วคงเป็นไปได้ยากที่จะแสดงตนว่าจะกระทำการเข้าถึงข้อมูล เนื่องจากการทำให้ผู้กระทำความผิดรู้ตัวและอาจโยกย้ายหรือแกล้งกระทำการใดๆไม่ให้มีลักษณะของความผิดที่กำลังค้นหาได้ อีกทั้งความไม่ชัดเจนในเรื่องการตรวจสอบวิธีการปฏิบัติในขณะที่มีการเข้าถึงข้อมูลก็เป็นเรื่องยาก เพราะเป็นเรื่องของคุณธรรมที่อยู่ในตัวพนักงานสืบสวนสอบสวนที่จะไม่ให้การเข้าถึงข้อมูลไปกระทบสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเกินสมควร แต่เชื่อว่าจะไม่สามารถควบคุมการกระทำดังกล่าวได้ การวางหลักเกณฑ์เรื่องการตรวจสอบภายในและการตรวจสอบภายนอกควบคู่กับการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลย่อมจะเหมาะสมที่สุด เพราะทำให้หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีความน่าเชื่อถือมากขึ้น

4.4.1 ปัญหาความแตกต่างของการเข้าถึงข้อมูลกับการค้นหาข้อมูล

เป็นที่ทราบกันแล้วว่า การดำเนินคดีบางประเภทมีความจำเป็นที่จะต้องมีการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสาร จึงทำให้มีการกล่าวถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลในเรื่องการเข้าถึงข้อมูลมากขึ้นตามไปด้วย โดยทั่วไปสิทธิ จึงหมายถึง อำนาจหรือประโยชน์ ซึ่งได้รับการรับรอง หรือ ค้ำครอง¹⁴² และสิทธิ ก็เป็นอำนาจหรือโอกาสที่มีการค้ำครองว่า หากได้ถ้าทำไปแล้ว ไม่ผิด และมีทางเลือกกว่าจะทำหรือไม่ทำก็ได้ ดังนั้นเมื่อเป็นอำนาจหรือโอกาส จึงมีผู้เรียกว่าเป็น “ประโยชน์” ที่มีการรับรองหรือค้ำครอง และเสรีภาพก็เป็นสิทธิอย่างหนึ่ง เพียงแต่เป็นสิทธิที่มีขอบเขต¹⁴³

นอกจากนี้ การค้ำครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้วางหลักเกณฑ์รับรองสิทธิเสรีภาพไว้อย่างชัดเจน โดยทำได้ 2 รูปแบบ¹⁴⁴ คือ

- 1) กำหนดให้เป็นสิทธิบริบูรณ์ (absolute right) ไม่มีทางที่จะจำกัดได้
- 2) กำหนดให้เป็นสิทธิที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการหรืออาจถูกจำกัดได้ (qualified rights หรือ Restrict able rights) ซึ่งมี 2 รูปแบบ คือ

2.1) ภายใต้เงื่อนไขตามกฎหมาย (Subject to any law) เช่น กฎหมายที่มีพื้นฐานทางสังคมที่ยาวนาน และได้รับความคุ้มครองเพื่อความสงบเรียบร้อย หรือเพื่อความมั่นคงของรัฐ

¹⁴² นพนิติ สุริยะ. (2535). สิทธิและหน้าที่ในประเทศไทย : ภาพสะท้อนจากด้านประวัติศาสตร์ สิทธิมนุษยชนสิทธิหรือหน้าที่ในประเทศไทยปัจจุบัน. หน้า 16.

¹⁴³ วิษณุ เครืองาม. สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. หน้า 38-39.

¹⁴⁴ แหล่งเดิม. หน้า 39.

2.2) ภายใต้เงื่อนไขเฉพาะเรื่องบางประเภท (Subject to some laws) เช่น กฎหมายที่มีเพื่อใช้ในทางเทคนิค หรือเป็นการเฉพาะที่ไม่มีรากฐานทางสังคม แต่มีความจำเป็นที่จะต้องให้ความคุ้มครองเพื่อความสงบเรียบร้อย หรือเพื่อความมั่นคงของรัฐ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการวางหลักเกณฑ์เรื่องสิทธิจะมีความรัดกุม แต่ก็ยังเกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากตีความขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย เช่น หลักการเข้าถึงข้อมูล พัฒนาเพื่อนำมาปรับใช้กับการเข้าถึงข้อมูลในการสื่อสาร กับหลักการค้นหาข้อมูล พัฒนาเพื่อนำมาปรับใช้กับการเข้าตรวจค้น กล่าวคือ โดยทั่วไปวัตถุประสงค์ของการค้น คือ เพื่อพบตัวบุคคล หรือพบสิ่งของ¹⁴⁵ โดยการค้นเพื่อพบตัวบุคคล คือการค้นตัวบุคคลที่กระทำความผิด หรือบุคคลที่กฎหมายต้องการตัว หรือการค้นเพื่อหาผู้เสียหายในคดีอาญา ส่วนการค้นเพื่อหาสิ่งของ คือ สืบหาทรัพย์สินใดๆซึ่งอาจใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีอาญา รวมทั้งจดหมาย โทรเลข และเอกสารอย่างอื่นๆด้วย

สำหรับวัตถุประสงค์ของการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารจะพบว่า การเข้าถึงข้อมูลกระทำเพื่อให้ได้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดหรือจะมีการกระทำความผิด และไม่มีวิธีการอื่นใดที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพมากกว่านี้ เมื่อเปรียบเทียบแล้วจะพบว่า การเข้าถึงข้อมูลจะกระทำกลับหลังผู้ที่ถูกเข้าถึงข้อมูล เฉพาะเมื่อมีความจำเป็นและไม่มีวิธีการอื่นที่เหมาะสมกว่านี้ แต่การค้นจะกระทำต่อหน้าผู้ที่ถูกค้น โดยบุคคลดังกล่าวนั้นจะได้รับการแจ้งสิทธิก่อนเสมอ , การค้นกระทำเพื่อค้นหาบุคคลหรือสิ่งของ ซึ่งมีลักษณะเป็นรูปธรรมที่สามารถจับต้องได้ แต่การเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารมีลักษณะเป็นนามธรรม ไม่สามารถจับต้องได้ เป็นเพียงวาทะที่ใช้สำหรับยืนยันในการกระทำที่ได้เคยทำไปแล้วในอดีตนั่นเอง , อีกทั้งการเข้าตรวจค้นหากพบทรัพย์สินที่ถูกหลอกลวงเอาไป ก็สามารถนำส่งคืนเจ้าของที่แท้จริงได้ แต่การเข้าถึงข้อมูลไม่สามารถนำวาทะเหล่านั้นกลับไปคืนเจ้าของที่แท้จริงได้

การเข้าถึงข้อมูลการสื่อสาร และการตรวจค้นตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ ก็ได้วางหลักเกณฑ์ไว้แยกออกจากกัน เนื่องจากมีเจตนารมณ์ทางกฎหมายที่แตกต่างกันดังที่กล่าวมาแล้ว แต่ในทางปฏิบัติ ก็ยังบังคับใช้สลับกันอยู่มาก โดยเฉพาะเมื่อพนักงานสอบสวนคดีพิเศษต้องการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสาร ก็มักเลือกใช้หลักการตรวจค้นมากกว่าที่จะใช้หลักการเข้าถึงข้อมูล อาจเพราะวิธีปฏิบัติที่ไม่สลับซับซ้อน และมีขั้นตอนการตรวจสอบภายนอกที่สะดวกและรวดเร็วกว่า (เนื่องจากการเข้าถึงข้อมูล จำเป็นต้องกระทำกลับหลังผู้ถูกกระทำ เพื่อให้ได้ข้อมูลที่ปราศจากการบิดเบือน จึงทำให้การตรวจสอบภายนอกกระทำได้ยากกว่า การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของ

¹⁴⁵ จุตติ ธรรมโนวานิช. (2532). การค้น. หน้า 15.

บุคคลจึงมีมากกว่า แล้วส่งผลให้การบังคับใช้หลักการเข้าถึงข้อมูลนี้ยุ่งยากตามไปด้วย) จึงทำให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษใช้หลักการตรวจค้นแทนหลักการเข้าถึงข้อมูล

ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้ว แม้ว่าหลักการตรวจค้นจะเป็นหลักการทั่วไป ที่ใช้ในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อประโยชน์ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรม แต่คงเป็นการไม่เหมาะสมเท่าใดนักหากจะนำมาปรับใช้กับการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสาร เพราะขั้นตอนและวิธีปฏิบัติรวมทั้งเจตนารมณ์ของกฎหมายมีความแตกต่างกันมาก ถึงแม้จะมีบางกรณีที่มีความจำเป็นต้องขอความร่วมมือจากองค์กรเอกชนในการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสาร แต่การขอความร่วมมือนี้ก็สมควรจะใช้หลักเกณฑ์ในการเข้าถึงข้อมูลมากกว่า เพราะการเข้าถึงข้อมูลมีลักษณะที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลมากกว่าปกติ กล่าวคือผู้ถูกเข้าถึงข้อมูลไม่มีโอกาสได้รับรู้ว่าตนถูกเข้าถึงข้อมูล จึงสมควรให้ผู้ถูกเข้าถึงข้อมูลได้คุ้มครองเรื่องสิทธิเสรีภาพมากกว่านั่นเอง

4.4.2 ปัญหาความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าหน้าที่ในการเข้าถึงข้อมูล

การให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในความเป็นส่วนตัวของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ นั้น มีแนวความคิดตามหลักในเรื่องศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ที่ว่าบุคคลมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองในความเป็นส่วนตัว ครอบครัว เลหสถาน หรือการติดต่อสื่อสาร โดยปราศจากการแทรกแซงหรือการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิเหล่านี้ก่อให้เกิดบทบัญญัติทางกฎหมายที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐ ที่จะต้องตรากฎหมายหรือกำหนดมาตรการใดๆ เพื่อป้องกันไม่ให้หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีการแทรกแซงความเป็นส่วนตัวของบุคคล ทั้งในด้าน ครอบครัว เลหสถาน และการติดต่อสื่อสาร หากมีการกระทำดังกล่าวหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็สมควรได้รับการลงโทษบางประการให้เทียบเท่ากับความไม่ถูกต้องที่ตนได้กระทำลง

ความสมดุลของอำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 คือ บทกำหนดโทษ ในกรณีที่พนักงานสืบสวนสอบสวนหรือบุคคลใดที่กระทำการตามอำนาจหน้าที่หรือตามกฎหมายหรือตามคำสั่งของศาล แล้วกระทำการนั้น โดยเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเกินมากสมควร จนส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงห้าปี หรือปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่ถ้าเป็นกรณีของพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ หรือผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับการเข้าถึงข้อมูล การกระทำดังกล่าวย่อมถือได้ว่าเป็นความไม่เอาใจใส่ของบุคคลที่ควรจะมีตามความสามารถของวิชาชีพ จึงต้องระวางโทษเป็นสามเท่าของโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงห้าปีหรือปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

อย่างไรก็ตาม หากต้องการให้มีบทบัญญัติในเรื่องการใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ ก็สมควรให้มีบทกำหนดโทษความรับผิดชอบทางอาญาของพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย โดยให้เป็นไปตามหลักการยึดความชอบธรรมของกฎหมายเป็นหลัก กล่าวคือ บทกำหนดโทษทางกฎหมายที่ไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของบรรทัดฐานทางสังคมย่อมไม่ได้รับการยอมรับจากบุคคลทั่วไป แต่ถ้าหลักการดังกล่าวได้รับการยึดถืออย่างจริงจังย่อมสามารถลดความขัดแย้งที่จะมีระหว่างกฎหมายและบุคคลได้ เพราะบุคคลโดยทั่วไปย่อมรู้สึกคล้อยตามว่า การที่เจ้าพนักงานของรัฐหรือบุคคลใดๆจะต้องรับโทษนั้น ก็เป็นเพราะบุคคลเหล่านั้นสมควรจะต้องรับโทษภายใต้มุมมองของสังคม (Societal standpoint) นั่นเอง

จากที่กล่าวมานี้ การเข้าถึงข้อมูลจึงสมควรวางหลักเกณฑ์ของบทกำหนดโทษในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าหน้าที่หรือบุคคลใดที่ใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลให้ได้รับโทษที่ทำให้หนักขึ้นกว่าฐานความผิดทั่วไป ส่วนเหตุผลที่ต้องวางบทกำหนดโทษหนักกว่าฐานความผิดทั่วไป เพราะความจำเป็นจะต้องค้นหาพยานหลักฐานเพื่อใช้ในการพิจารณาคดี แต่ไม่มีวิธีการอื่นใดที่จะได้พยานหลักฐานดังกล่าวนอกจากการใช้อำนาจพิเศษในการใช้อำนาจพิเศษ และในการเข้าถึงข้อมูลก็เป็นเรื่องที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ถ้าจะให้มีการเข้าถึงข้อมูลโดยไม่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล แต่ก็ยอมเป็นไปไม่ได้อีกเช่นกัน ถ้าจะให้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอย่างสมบูรณ์โดยปราศจากการแทรกแซงของอำนาจรัฐ

ดังนั้นเพื่อสร้างความสมดุลจึงสมควรให้มีการใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลได้ โดยให้ผู้ใช้อำนาจได้รับโทษหนักขึ้นในกรณีที่กระทำการเข้าถึงข้อมูลแล้วกระทบสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลจนไม่สมดุลกับฐานความผิดที่ผู้ถูกเข้าถึงข้อมูลได้ทำลง และในการวางบทกำหนดโทษนี้ก็สมควรวางหลักเกณฑ์ตามหลักความชอบธรรมของกฎหมาย¹⁴⁶ ซึ่งกรณีนี้มีแนวทางที่สามารถใช้ในทางปฏิบัติได้ 3 วิธีการ คือ

1) การใช้หลักความตระหนัก (Cognoscibility) กล่าวคือ เป็นการตราบทบัญญัติทางกฎหมายและบทกำหนดโทษ ที่มีลักษณะสมบูรณ์เหมาะสมและง่ายต่อความเข้าใจของพลเมืองว่า สิ่งใดที่สามารถทำได้และสิ่งใดที่ไม่สามารถทำได้ โดยหลักการดังกล่าวนี้จะสอดคล้องกับการพิจารณาของกฎหมายที่นำมาใช้บังคับที่มีการเลือกสรรอย่างดี และบทกำหนดโทษก็เช่นกันจะต้องผ่านการศึกษาเปรียบเทียบอย่างละเอียดเป็นมาตรฐาน และเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ซึ่งจะทำให้ประชาชนเกิดความตระหนักว่ากฎหมายนั้นเป็นกฎหมายที่เป็นธรรมและครอบคลุมทั่วกัน เป็นไป

¹⁴⁶ John Wilson. Fundamental of Criminal Law : An Overview of Basic ideas. From Available URL : <http://www.faculty.ncwc.edu/toconnor/293/293lect02.htm>. (อ้างถึงใน สกต นิสารัตน์. (2545).

ตามหลักการยึดความชอบธรรมของกฎหมายเป็นหลัก ที่ไม่มีผู้ใดจะอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือละเลย เพิกเฉยต่อกฎหมายได้ เรียกได้อีกประการหนึ่งว่า เป็นหลักความเท่าเทียมตามกฎหมาย

2) การใช้หลักค้นหาเหตุผลทางกฎหมาย (Rational – Legal Authority) กล่าวคือ เป็นการตราบทบัญญัติทางกฎหมายและบทกำหนดโทษ โดยระบบการคิดที่เป็นลักษณะนามธรรม (abstract rules) มาปรับใช้ให้เข้ากับกรณีต่างๆที่เกิดขึ้นจริง เป็นการให้เหตุผล (reason หรือ logic) ที่อยู่เบื้องหลังการตัดสินใจในทางกฎหมายโดยแท้ โดยปราศจากความพอใจหรือความลำเอียงส่วน (เปรียบเสมือนการป้อนชิ้นงาน (คดีความ) เข้าสู่เครื่องจักรของกระบวนการยุติธรรม (machinery of justice) นั้นเอง)

3) การใช้หลักนิติธรรม หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า หลักกฎหมายเป็นใหญ่ supremacy of law มีหน้าที่คานอำนาจอันปราศจากขีดจำกัดของหลัก Positivism ที่ในสังคมปัจจุบัน กล่าวคือ เป็นบทบาทอันสำคัญยิ่งของนักกฎหมาย ที่จะใช้บทบัญญัติทางกฎหมายและบทกำหนดโทษที่ตราขึ้น พิทักษ์รักษาผลประโยชน์ของสาธารณะชน ตามหลัก The supremacy of public interest ให้มากที่สุด ทั้งนี้เพราะนักกฎหมายเปรียบเสมือนวิศวกรของสังคม ซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่วางระเบียบกฎเกณฑ์ของสังคม และจัดหรือลดความขัดแย้งในผลประโยชน์ระหว่างประชาชนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยยึดถือหลักความชอบธรรมถูกต้องเป็นที่ตั้ง อีกทั้งยังอำนวยความยุติธรรมแก่ส่วนรวม สร้างสังคมที่เป็นธรรมให้แก่สมาชิกของสังคมนั้นๆอยู่ร่วมกันอย่างสันติสุขและเป็นระเบียบเรียบร้อย¹⁴⁷

4.4.3 ปัญหาในเรื่องการแสดงความบริสุทธิ์ก่อนการเข้าถึงข้อมูล

จากหลักเกณฑ์ในเรื่องการเข้าถึงข้อมูลตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ มาตรา 25 ที่วางหลักเกณฑ์ไว้ให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาพิจารณาถึงผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลกับเหตุผลและความจำเป็นดังนี้คือ จะต้องมิเหตุอันควรเชื่อว่าการกระทำความผิดหรือ จะมีการกระทำความผิด และหากมีการกระทำการเข้าถึงข้อมูลย่อมจะได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดเหล่านั้น อีกทั้งไม่อาจใช้วิธีการอื่นใดที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพมากกว่าได้จากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมา ไม่ได้กล่าวถึงการแสดงความบริสุทธิ์ก่อนการเข้าถึงข้อมูล และเมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายอื่นก็ไม่พบว่าจะต้องมีการแสดงความบริสุทธิ์ก่อนการเข้าถึงข้อมูลเลย กรณีจึงอาจกล่าวได้ว่าสมควรนำหลักเกณฑ์ทางกฎหมายอื่นๆมาพิจารณานั้นเอง

การดำเนินการค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ต้องแสดงความบริสุทธิ์ก่อนการเข้าตรวจค้นเสมอ กรณีที่กฎหมายกำหนดในลักษณะนี้ก็เพื่อให้เจ้าพนักงานสืบสวน

¹⁴⁷ ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล. (2540). เหลียวหลังดูกฎหมายและความยุติธรรม. หน้า 10.

สอบสวนแสดงความบริสุทธิ์ใจในการเข้าคั้น และเป็นการยืนยันว่าไม่ได้มีเจตนาที่จะกลั่นแกล้งผู้ที่ถูกคั้นหรือไม่ได้จะกลั่นแกล้งโดยการขัดพยานหลักฐานให้กับผู้ที่ถูกคั้นนั่นเอง การพิจารณาที่จะกล่าวต่อไปนี้จึงมุ่งประเด็นไปที่การแสดงความสามารถในการเข้าถึงข้อมูลควรจะเป็นไปในลักษณะใด กรณีจึงไม่อาจนำพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ มาตรา 25 เมื่อเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้ เนื่องจากไม่มีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องการแสดงความสามารถก่อนการเข้าถึงข้อมูล

การแสดงความสามารถก่อนการเข้าถึงข้อมูลสามารถนำหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเรื่องการแสดงความบริสุทธิ์ใจในการตรวจคั้นมาใช้บังคับได้ และการใช้บังคับดังกล่าวก็ไม่ได้แตกต่างกับหลักเกณฑ์ตามกฎหมายอื่นๆเท่าใดนัก เช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ก็มีกำหนดให้พนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ต้องแสดงความบริสุทธิ์ก่อนการเข้าตรวจคั้น กรณีที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ การแสดงความบริสุทธิ์ก่อนการเข้าถึงข้อมูล แม้หลักทางความคิดของกฎหมายได้กำหนดว่าต้องแสดงความบริสุทธิ์ก่อนเสมอ แต่การแสดงความบริสุทธิ์ก่อนการเข้าถึงข้อมูลในทางปฏิบัติไม่สามารถกระทำการได้ โดยเฉพาะกรณีที่มิเหตุจำเป็นเร่งด่วน กล่าวคือหากพนักงานสืบสวนสอบสวนไม่สามารถเปิดเผยตัวและแสดงความบริสุทธิ์ในการเข้าถึงข้อมูลได้ เพราะจะทำให้เกิดอันตรายกับพนักงานสืบสวนสอบสวน ผู้กระทำการเข้าถึงข้อมูล และทำให้การได้มาซึ่งพยานหลักฐานอาจสูญหายได้

กรณีที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือ หากไม่มีการแสดงความบริสุทธิ์ก่อนการเข้าถึงข้อมูล พนักงานสืบสวนสอบสวนจะมีความผิดหรือไม่ กรณีดังกล่าวนี้คงต้องพิจารณาจากการกระทำของพนักงานสืบสวนสอบสวนว่า เป็นการกระทำที่บริสุทธิ์และมีเหตุผลสมควรตามวิญญูชนหรือไม่ หากเป็นการกระทำที่เหมาะสมดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แม้พนักงานสืบสวนสอบสวนจะไม่แสดงความบริสุทธิ์ก่อนการเข้าถึงข้อมูลก็ไม่น่าจะเป็นความผิด อีกทั้งกรณียังเป็นเหตุสุดวิสัยอย่างแท้จริง ที่ไม่สามารถกระทำการดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตามการกำหนดให้ชัดเจนว่าอย่างไรคือการแสดงความบริสุทธิ์ของพนักงานสืบสวนสอบสวนก่อนการเข้าถึงข้อมูลย่อมจะเป็นประโยชน์มากกว่าการพิจารณาเพียงการกระทำที่บริสุทธิ์และมีเหตุผลสมควรหรือไม่ เพราะจะเป็นการคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสืบสวนสอบสวนหากไม่สามารถแสดงความบริสุทธิ์ก่อนการเข้าถึงข้อมูลได้ ส่วนการกำหนดให้ชัดเจนว่าอย่างไรคือการแสดงความบริสุทธิ์ก่อนการกระทำการเข้าถึงข้อมูลนั้นสามารถกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้ โดยกำหนดเป็นกรอบแนวทางในการปฏิบัติงานของพนักงานสืบสวนสอบสวนนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นกรณีที่พนักงานสืบสวนสอบสวนนั้นสามารถแสดงความบริสุทธิ์ก่อนการกระทำการเข้าถึงข้อมูลได้ แต่พนักงานสืบสวนสอบสวนไม่ยอมกระทำการดังกล่าว กรณีเช่นนี้

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่มีการกำหนดบทลงโทษไว้อย่างชัดเจน การพิจารณาผลดังกล่าวสมควรพิจารณาจากแนวคำพิพากษาฎีกา เรื่องการตรวจค้นที่เกิดจากการปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 837/2482 กรณีเป็นเรื่องเกี่ยวกับบันทึกการตรวจค้นที่เจ้าพนักงานต้องทำบันทึกการตรวจค้นภายหลังที่ได้จากการค้นแล้ว ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 102 และ 103 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับวิธีการปฏิบัติในการค้น ข้อเท็จจริงในคดีมีว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจทำการเข้าค้นของกลางแต่ไม่ได้ทำการบันทึกรายละเอียดของกลางไว้ตามมาตรา 102 และ 103 ซึ่งกรณีตามมาตรา 102 และ 103 เป็นเพียงวิธีการอันหนึ่งที่เจ้าพนักงานต้องกระทำ แต่ไม่ได้หมายความว่าถ้าเจ้าพนักงานมิได้ปฏิบัติตามนั้นแล้วศาลจะปฏิเสธไม่รับฟังว่าของกลางที่ค้นได้นั้นมาจากสถานที่จริงนั้น จากคำพิพากษานี้แสดงให้เห็นว่าแม้พนักงานสอบสวนไม่ได้บันทึกการตรวจค้น ก็มีผลเพียงน้ำหนักในการรับฟังพยานหลักฐานเท่านั้น จึงแสดงให้เห็นว่าแม้กฎหมายมีการกำหนดวิธีการปฏิบัติในการค้นเอาไว้แต่หากพนักงานสอบสวนผู้มีหน้าที่ในการเข้าค้นไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดนั้นศาลก็ยังรับฟังพยานหลักฐานนั้นอยู่

กรณีจึงอาจกล่าวได้ว่าซึ่งศาลยอมไม่ได้ให้ความสำคัญกับการที่พนักงานสอบสวนไม่ได้ปฏิบัติตามวิธีการค้นที่กฎหมายกำหนดไว้ อาจเพราะเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไม่ร้ายแรง และกรณีก็เป็นเพียงการปฏิบัติตามวิธีการค้นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่ใช่เป็นการค้น โดยการกลั่นแกล้งหรือขู่เข็ญเพื่อให้ได้พยานหลักฐานนั้นๆ เมื่อเปรียบเทียบกับกรณี การไม่ได้แสดงความบริสุทธิ์ก่อนกระทำการเข้าถึงข้อมูล แม้ว่าพนักงานสืบสวนสอบสวนไม่แสดงความบริสุทธิ์ก่อนการเข้าถึงข้อมูล ก็ไม่ได้ทำให้พยานหลักฐานที่ได้มานั้นเสียไป เพียงแต่ศาลต้องรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวด้วยความระมัดระวังมากยิ่งขึ้น อีกทั้งหากเป็นกรณีที่พนักงานสืบสวนสอบสวนไม่แสดงความบริสุทธิ์ก่อนการเข้าถึงข้อมูล แล้วเกิดความเสียหายแก่ผู้ที่ถูกกระทำการเข้าถึงข้อมูล ผู้ถูกกระทำการดังกล่าวสามารถฟ้องร้องเป็นคดีความเรื่องใหม่ได้ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา เช่น การฟ้องพนักงานสืบสวนสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 157 เป็นต้น

บทที่ 5

บทสรุป และ ข้อเสนอแนะ

เรื่องที่เกี่ยวข้องกับเทคนิคการสืบสวนสอบสวนโดยวิธีการเข้าถึงข้อมูล ปัจจุบันมีกฎหมายที่อนุญาตให้กระทำการดังกล่าวได้เพียง 3 ฉบับคือ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2519 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 (พ.ศ.2545) มาตรา 14 จัตวา ที่วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อว่า เอกสารหรือข้อมูลข่าวสารอื่นใดซึ่งส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ คอมพิวเตอร์ เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ในการสื่อสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศใด ที่ถูกใช้หรืออาจถูกใช้เพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เจ้าหน้าที่พนักงานซึ่งได้รับอนุมัติจากเลขธิการเป็นหนังสือจะยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้เจ้าพนักงานได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารดังกล่าวได้ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 46 ที่วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อว่าบัญชีลูกค้าของสถาบันการเงิน เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ในการสื่อสาร หรือเครื่องคอมพิวเตอร์ใดที่ถูกใช้หรืออาจถูกใช้เพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดฐานฟอกเงิน พนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งเลขธิการมอบหมายเป็นหนังสือจะยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลแพ่ง เพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้พนักงานเจ้าหน้าที่เข้าถึงบัญชี ข้อมูลทางการสื่อสาร หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลดังกล่าวนั้นก็ได้อีก และพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มาตรา 25 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า เอกสารหรือข้อมูลข่าวสารอื่นใดซึ่งส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ โทรสาร คอมพิวเตอร์ เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ในการสื่อสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศใด ที่ถูกใช้หรืออาจถูกใช้ เพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษ พนักงานสอบสวนคดีพิเศษซึ่งได้รับอนุมัติจากอธิบดีเป็นหนังสือจะยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารดังกล่าวก็ได้

5.1 บทสรุป

ความจำเป็นในการใช้เทคนิคการสืบสวนสอบสวนแบบพิเศษนั้น แม้ว่าวิธีดำเนินการเข้าถึงข้อมูลจะมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล แต่ผลที่จะกระทบส่วนบุคคลนั้นน้อยมาก

เมื่อเปรียบเทียบกับ การป้องกันและปราบปรามผู้กระทำความผิด รวมทั้งการตัดเส้นทาง การเติบโตขององค์กรอาชญากรรมด้วยการค้นหาพยานหลักฐานที่มีความรวดเร็วและถูกต้องตามกฎหมาย เพื่อนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้รัฐธรรมนูญได้คำนึงถึงความเหมาะสมไว้แล้ว โดยมีบทยกเว้นที่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นั้นเอง

ในกรณีของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่เกี่ยวกับการค้นหาพยานหลักฐาน บทบัญญัติของกฎหมายก็ไม่ได้วางหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนว่า มีวิธีการใดที่จะสามารถดำเนินการได้โดยชอบกฎหมาย ได้แต่ให้ความหมายกว้างๆไว้เพียงว่าเป็นการแสวงหาพยานหลักฐาน ส่วนวิธีการจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ประการใดย่อมต้องพิจารณาเป็นกรณีๆไป ซึ่งศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ว่า “วิธีการได้พยานหลักฐานไม่กระทบกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ศาลลงโทษ ดังนั้น การได้พยานหลักฐานมาอย่างไรต้องไปว่ากล่าวกันต่อไป” จึงเห็นได้ว่า การดำเนินการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานในการสืบสวนสอบสวนหากเป็นวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้กระทำได้ แม้ผู้กระทำความผิดจะถูกลงโทษ พนักงานดังกล่าวก็อาจถูกฟ้องให้รับผิดในทางส่วนตัวได้

เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสืบสวนสอบสวน เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายโดยแท้ จึงอาจกล่าวได้ว่าถ้าต้องการวางหลักเกณฑ์เรื่องการเข้าถึงข้อมูลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ก็ควรมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้คือ ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเอกสารหรือข้อมูลข่าวสารอื่นใดซึ่งส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ โทรสาร คอมพิวเตอร์ เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ในการสื่อสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศ ที่ถูกใช้หรืออาจถูกใช้ เพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดที่เป็นคดีอาญา พนักงานสืบสวนสอบสวน ซึ่งได้รับอนุมัติจากพนักงานอัยการเป็นหนังสือจะยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลอาญา เพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้พนักงานสืบสวนสอบสวน ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารดังกล่าวนั้นก็

กรณีของเหตุผลที่ให้องค์กรศาลเป็นผู้มีอำนาจอนุญาตให้กระทำการเข้าถึงข้อมูลได้นั้น เนื่องจากการเข้าถึงข้อมูลการติดต่อสื่อสารมักจะกระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐซึ่งใช้อำนาจบริหาร การให้ฝ่ายบริหารด้วยกันเองเป็นผู้อนุญาตให้กระทำการเข้าถึงข้อมูลได้ ย่อมก่อให้เกิดความไม่มั่นใจว่า ฝ่ายบริหารจะคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารส่วนบุคคลหรือไม่ ศาลยุติธรรมซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการจึงเป็นองค์กรที่เหมาะสมที่จะทำหน้าที่ให้อนุญาตและควบคุมการเข้าถึงข้อมูล

อย่างไรก็ตาม อำนาจในการอนุญาตให้มีการเข้าถึงข้อมูลการติดต่อสื่อสารควรจะกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมชั้นต้นเป็นองค์กรตุลาการที่มีเขตอำนาจ และเมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการอนุญาตให้มีการเข้าถึงข้อมูลนั้น ก็เพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดอาญา

และเพื่อสืบสวนสอบสวนข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญา ดังนั้นจึงควรกำหนดให้ เฉพาะศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีอาญาเป็นศาลที่มีอำนาจอนุญาตให้มีการเข้าถึงข้อมูล ดังกล่าว ซึ่งศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาได้แก่ ศาลจังหวัด ศาลอาญา ศาลอาญากรุงเทพใต้ และ ศาลอาญาธนบุรี ส่วนการให้พนักงานสืบสวนสอบสวนกระทำการเข้าถึงข้อมูลกัน โดยไม่ต้องขอ อนุญาตต่อศาลเพราะมีความจำเป็นเร่งด่วน¹⁴⁷ พนักงานสืบสวนสอบสวนอาจล่วงละเมิดสิทธิ เสรีภาพส่วนบุคคลโดยไม่จำเป็น ดังนั้นแม้เป็นกรณีมีเหตุจำเป็นเร่งด่วน ก็ต้องมีองค์การที่ควบคุม การเข้าถึงข้อมูล ซึ่งกรณีนี้ควรให้พนักงานอัยการเป็นผู้มีอำนาจอนุญาตให้กระทำการเข้าถึงข้อมูล ได้ เพราะในทางปฏิบัติพนักงานอัยการและพนักงานสืบสวนสอบสวนจะทำงานร่วมกันในการ เตรียมคดีอย่างใกล้ชิดอยู่แล้ว

ส่วนเทคนิคการสืบสวนสอบสวน โดยวิธีการเข้าถึงของกฎหมายต่างประเทศนั้น การ ปฏิบัติเป็นไปตามกฎหมายที่บัญญัติไว้หรือตามข้อแนะนำของอัยการสูงสุด โดยทั่วไปหากต้องการ ดำเนิน การเข้าถึงข้อมูลจะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ที่ควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของแต่ละ หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการสืบสวนสอบสวนนั้น และต้องได้รับอนุญาตจากศาลโดยมีการยื่น คำร้องขอและ มีการให้รายละเอียดเกี่ยวกับพฤติการณ์ต่างๆที่ร้องขอ แต่มีบางกรณีอาจจะต้องได้รับ ความเห็นชอบจากคณะกรรมการในเขตที่รัฐนั้นมีอำนาจปกครองก่อนดำเนินการเข้าถึงข้อมูล โดยทั่วไปแล้ว คำสั่งของศาลในแต่ละประเทศที่อนุญาตให้กระทำการเข้าถึงข้อมูลจะไม่แตกต่างกัน เช่น การกำหนดระยะเวลาในการเข้าถึงข้อมูล ครั้งหนึ่งไม่เกิน 90 วันหรือบางกรณีอาจ 3 เดือน

สิ่งสำคัญของการค้นหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการเข้าถึงข้อมูลคือ พยานหลักฐานที่ ได้รับมานั้นเป็นพยานหลักฐานที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสามารถพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำความผิด ได้อย่างชัดเจน ดังนั้นการดำเนินการเข้าถึงข้อมูลทั้งหมดจะมีเงื่อนไข กฎข้อบังคับที่ชัดเจน เพื่อมิได้ พยานหลักฐานที่ได้มากลายเป็นพยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่าใน ต่างประเทศ แม้ว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญจะมีอย่างมาก แต่ รัฐบาลประเทศต่างๆ ก็ยังมีบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล โดยมี หลักเกณฑ์การปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานอย่างชัดเจน และมีมาตรฐานที่รัดกุม โดยเฉพาะการใช้ อำนาจเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคล เพื่อไม่ให้สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลถูกระทบมากเกินไปจนสมควร

¹⁴⁷ กมลชัย รัตนสกววงศ์ และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). แนวทางการยกร่างกฎหมายที่ เกี่ยวข้อง กับการดักฟังทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้อง. หน้า 160.

5.2 ข้อเสนอแนะ

กรณีถ้าการดำเนินการเข้าถึงข้อมูลไม่อาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายพยานหลักฐานที่ได้มาจากการเข้าถึงข้อมูลย่อมไม่อาจนำมาพิสูจน์ความผิดในคดีอาญาได้ เพราะตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า พยานหลักฐานที่จะใช้เพื่อพิสูจน์การกระทำความผิดนั้นจะต้องเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ จะต้องไม่เป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการจู่ใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น อีกทั้งเมื่อพยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถนำมาใช้ในคดีอาญาได้ ย่อมส่งผลให้ไม่สามารถนำพยานหลักฐานดังกล่าวมาใช้ในคดีแพ่งได้ด้วย

สำหรับหลักเกณฑ์ทั่วไปของการเข้าถึงข้อมูลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น การที่จะบัญญัติหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเพื่อให้อำนาจเจ้าพนักงานดำเนินการเข้าถึงข้อมูลได้นั้น จะต้องคำนึงถึงประโยชน์ในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมและการสืบสวนสอบสวนคดีที่มีการกระทำความผิด เพื่อไม่ให้ลักษณะของการเข้าถึงข้อมูลเป็นการก้าวล่วงไปในสิทธิเสรีภาพบุคคล (Privacy of individuals) มากเกินสมควร ดังนั้นมาตรการดังกล่าวจึงสมควรยึดหลักเกณฑ์ที่สำคัญดังนี้

1) ห้องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐมีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายในการดำเนินการเข้าถึงข้อมูล โดยกำหนดให้ห้องค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการควบคุมและอนุญาตให้ห้องค์กรที่ใช้อำนาจฝ่ายบริหารทำการเข้าถึงข้อมูลโดยชอบด้วยกฎหมายได้

2) ต้องมีเหตุผลอันสมควรและมีความจำเป็นยิ่งที่จะขออนุญาตต่อศาลให้ทำการเข้าถึงข้อมูลได้ และจะต้องมีฐานความผิดทางอาญาที่อนุญาตให้นำข้อมูลที่ได้จากการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวไปใช้ประโยชน์ได้ โดยการใช้ประโยชน์นี้จะต้องไม่มีกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและความมั่นคงของรัฐ

3) มาตรการในการเข้าถึงข้อมูลนี้ สามารถนำไปใช้กับการติดต่อสื่อสารถึงกันผ่านทางโทรคมนาคมอื่นๆได้ และต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลในการติดต่อสื่อสารดังกล่าวให้ได้รับความกระทบกระเทือนน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้

การเข้าถึงข้อมูลตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา The Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968 มาตรา 2518 (1)(c) ได้กำหนดเงื่อนไขที่เจ้าพนักงานของรัฐจะทำการดักฟังทางโทรศัพท์ได้ไว้อย่างชัดเจนว่า จะมีการดักฟังทางโทรศัพท์เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนได้ก็ต่อเมื่อใช้วิธีการสืบสวนสอบสวนโดยวิธีอื่นๆ แล้วแต่ไม่ประสบความสำเร็จ และจะต้องแสดงเหตุผลว่า ทำไมถึงไม่มีทางประสบความสำเร็จถ้าใช้วิธีการอื่น หรือจะมีอันตรายมากกว่าเหตุส่วนการเข้าถึงข้อมูลตามกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

สหพันธรัฐ มาตรา 10 (G 10) ได้กำหนดเงื่อนไขที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะทำการดักฟังทางโทรศัพท์ได้ เฉพาะในกรณีที่ค้นหาข้อเท็จจริงโดยวิธีการอื่นไม่อาจกระทำได้หรือเป็นไปได้โดยยากยิ่ง

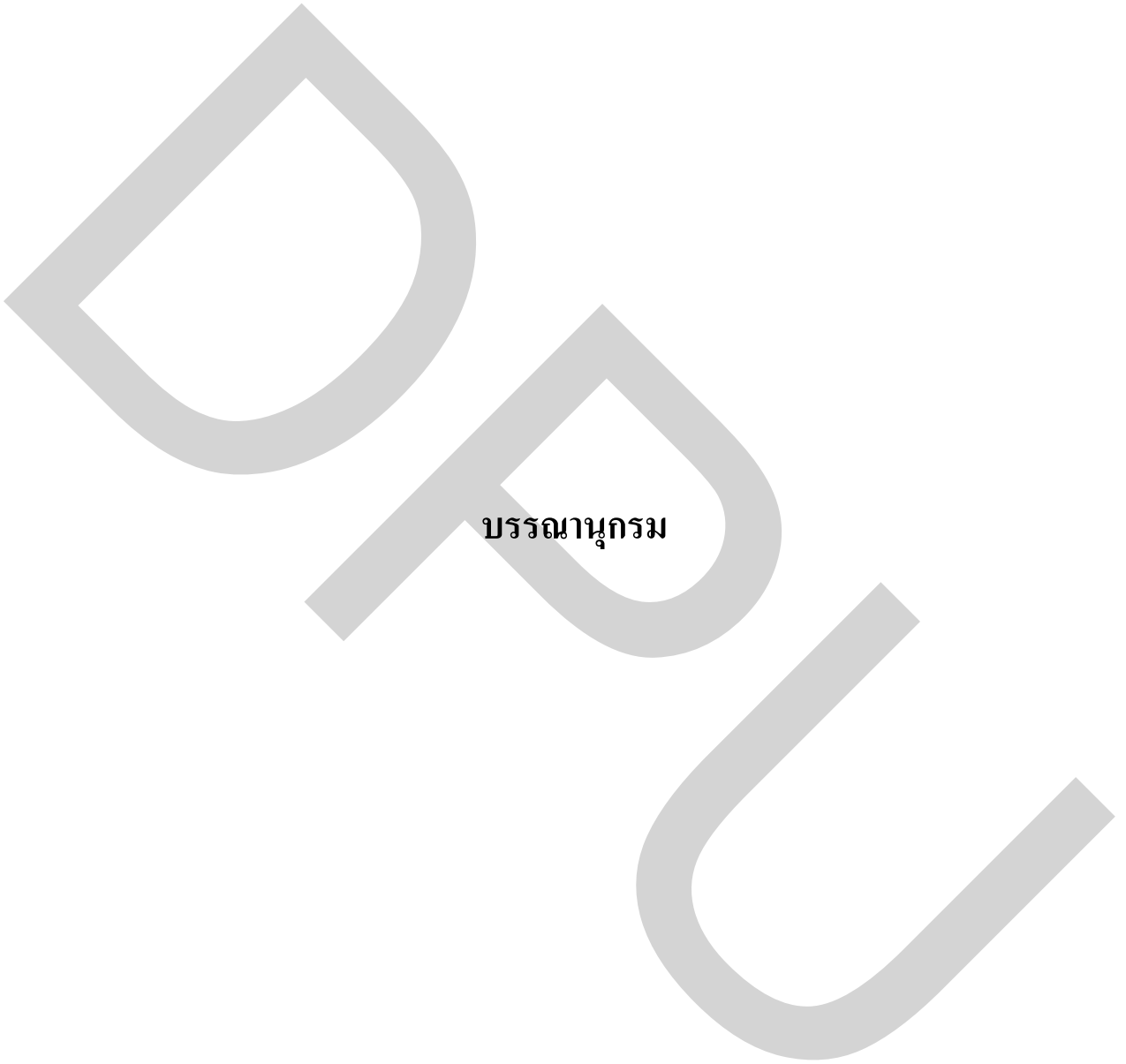
ดังนั้นเหตุผลอันสมควรในการเข้าถึงข้อมูลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยนั้น จะต้องเป็นกรณีที่ใช้วิธีการอื่นไม่อาจกระทำได้ หรือเป็นไปได้โดยยากลำบาก ที่กำหนดเช่นนี้เพราะ ไม่ต้องการเจ้าพนักงานของรัฐจะใช้วิธีการเข้าถึงข้อมูลเสมือนหนึ่งเป็นวิธีการสืบสวนสอบสวนตามปกติทั่วไป ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นย่อมจะเป็นการกระทบต่อสิทธิของบุคคลอย่างมาก ข้อควรพิจารณาอีกประการหนึ่งคือ การกำหนดขอบเขตให้มีดำเนินการเข้าถึงข้อมูลได้เมื่อมีการสงสัยว่ามีผู้กระทำความผิดหรือได้กระทำความผิดนั้นอาจไม่เพียงพอที่จะป้องกันมิให้มีการก่ออาชญากรรม เพราะขั้นตอนในการก่ออาชญากรรมเริ่มต้นนับตั้งแต่ คิด วางแผน เตรียมการ แล้วลงมือกระทำความผิด ซึ่งขั้นตอนที่มีการวางแผนเตรียมการกระทำความผิดนั้น เป็นขั้นตอนที่มีข้อเท็จจริงของการแสดงเจตนาออกมามาก่อนแล้ว หากให้มีการเข้าถึงข้อมูลได้เฉพาะเมื่อมีการกระทำความผิดแล้ว การเข้าถึงข้อมูลก็ไม่อาจเป็นมาตรการพิเศษในการป้องกันและปราบปรามมิให้มีการก่ออาชญากรรมได้ จึงสมควรขยายขอบเขตให้เจ้าพนักงานมีอำนาจในการเข้าถึงข้อมูล เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่า บุคคลใดเตรียมหรือวางแผนที่จะกระทำความผิด กระทำความผิด หรือได้กระทำความผิด หรือเป็นตัวการร่วมกระทำความผิด ผู้ใช้ ผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดนั้นๆ ด้วย

ส่วนระยะเวลาในการเข้าถึงข้อมูลตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ มาตรา 10 (G10) มาตรา 5 (3) ได้กำหนดระยะเวลาที่จะอนุญาตให้มีการใช้มาตรการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน เป็นระยะเวลานานที่สุดที่จะอนุญาตคือ ไม่เกิน 3 เดือน แต่อาจมีการยื่นคำร้องขออนุญาตให้มีการอนุญาตได้อีกไม่เกิน 3 เดือน เฉพาะกรณีที่เหตุแห่งการยื่นคำร้องนั้นยังคงมีอยู่ และการดักฟังตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 100 ก็กำหนดระยะเวลาของมาตรการที่จะใช้ยาวนานที่สุดไม่เกิน 3 เดือน การขยายระยะเวลาดังกล่าวกระทำได้แต่ต้องไม่เกิน 3 เดือน ซึ่งระยะเวลานี้เหมือนกับการดักฟังตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ

สำหรับระยะเวลาในการเข้าถึงข้อมูลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยนั้น เห็นว่าสมควรให้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดระยะเวลาในการเข้าถึงข้อมูลได้ตามความเหมาะสมของข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี แต่ศาลจะอนุญาตให้ดักฟังการสื่อสารได้ไม่เกิน 3 เดือน และอาจมีการยื่นคำร้องขออนุญาตให้มีการอนุญาตได้อีกไม่เกิน 3 เดือน เฉพาะกรณีที่เหตุแห่งการยื่นคำร้องนั้นยังคงมีอยู่ ที่กำหนดเช่นนี้เพราะระยะเวลาดังกล่าวเพียงพอที่เจ้าพนักงานสามารถค้นหาข้อมูลเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดนั้นได้ และเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารส่วนบุคคลไม่ให้ถูกกระทบมากเกินไปจนสมควร อย่างไรก็ตามการ

ดำเนินการเข้าถึงข้อมูลย้อนหลังสุดลงทันที เมื่อกรณีที่เหตุอันควรสงสัยอันเป็นเงื่อนไขของการเข้าถึงข้อมูลไม่มีอยู่แล้ว หรือมาตรการที่ได้กำหนดไว้นั้นหมดความจำเป็นแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อทราบข้อเท็จจริงว่าผู้ต้องสงสัยที่ถูกเข้าถึงข้อมูลนั้นเป็นผู้บริสุทธิ์





ปฐศ

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- กระมล ทองธรรมชาติ และสมบุรณ์ สุขสำราญ. (2513). **เรื่องน่ารู้เกี่ยวกับการปกครองและรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา**. พระนคร : โรงพิมพ์สังคมศาสตร์
- กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ และ คณะ. (ผู้แปล). (2548). **มาตรฐานองค์การสหประชาชาติว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางอาญา**. แปลจาก United Nations Standards on Criminal Justice (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- _____. (2548). **อนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อต่อต้านการทุจริต**. แปลจาก International Conventions Against Corruption (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- _____. (2548). **อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม**. แปลจาก International Conventions on Crime Prevention and Suppression (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- เกษม ศิริสัมพันธ์. (ผู้แปล). (2513). **ทฤษฎีสื่อสารมวลชน**. แปลจาก Four theories of the press. กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช.
- เกียรติศักดิ์ จีระเชียรนาถ. (2528). **แนวทางการป้องกันทุจริตมะเร็งร้ายของการดำเนินธุรกิจคอมพิวเตอร์กับการทุจริต**. กรุงเทพฯ : กรูณา-จตุพร.
- คณิต ฌ นคร. (2545). **กฎหมายอาญาภาคความผิด** (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- _____. (2547). **กฎหมายอาญาภาคทั่วไป** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- _____. (2549). **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา** (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- _____. (2549). **กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาคการดำเนินคดี**. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- _____. (2551). **ภูมิธรรมและบทบาทของพนักงานอัยการ**. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- คณิน บุญสุวรรณ. (2542). **สิทธิเสรีภาพของคนไทย สักดิ์ศรีความเป็นคน**. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- เจ็มชัย ชุตินวงศ์. (2547). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน** (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ : นิติบรรณาการ.
- จรัญ โฆษณานันท์. (2545). **สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม** (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ : นิติธรรม.

- จินดาภิรมย์ราชสถานดี. (2464). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะคำพิพากษาพยานหลักฐาน**
(พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : พิศาลบรรณนิดี.
- ชาติ ชัยเดชสุริยะ. (2549). **มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน** (พิมพ์ครั้งที่ 1).
กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2547). **กฎหมายอาญาหลักและปัญหา** (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ :
นิติธรรม.
- ธงชัย สิทธีกรณ. (2540). **ทฤษฎีระบบคอมพิวเตอร์**. กรุงเทพฯ : สยามสปอร์ตซินดิเคท.
- ธานี สิงหนาท. (2548). **คู่มือการศึกษาพยานหลักฐานคดีและคดีอาญา** (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ :
: โรงพิมพ์ pholsiam printing and publishing (Thailand) limited partnership.
- ชาติต เพ็งศิษฐ์. (2548). **มาจู้จักกฎหมาย FBI เมืองไทย หน่วยงานใหม่ที่ทุกธุรกิจไม่ควรมองข้าม**
(พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : ธรรมนิติเพรส.
- ธิตุทธิ พันธุ์ฤทธิ์. (2549). **นิติศาสตร์ทวนกระแส** (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- นพนันธิ สุริยะ. (2537). **สิทธิมนุษยชน** (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). **หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตาม**
รัฐธรรมนูญ 2540. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- _____. (2544). **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ : วิญญูชน
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2549). **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- บัณฑิตวิทยาลัย (2548). **คู่มือการพิมพ์วิทยานิพนธ์**. กรุงเทพฯ : บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัย
ธุรกิจบัณฑิตย์.
- ประสิทธิ์ ไชววิไลกุล. (2540). **เหลี่ยมหลังตุ๊กกฎหมายและความยุติธรรม**. กรุงเทพฯ : นิติธรรม
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2539). **นิติปรัชญา** (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2543). **นิติปรัชญา** (พิมพ์ครั้งที่ 5). โครงประกอบคำตำราและเอกสารคำ
สอนคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์. (2548). **กฎหมายลักษณะพยานหลักฐานที่ต้องห้ามมิให้รับฟัง**
(พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- ฝ่ายพัฒนากฎหมาย. (2548). **คู่มือตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย** (พิมพ์ครั้งที่ 6).
กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- พงศ์ธร บุญอารีย์. (2540). **กฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับคดีอาญา**. กรุงเทพฯ :
วิญญูชน.

- พรเพชร วิชิตชลชัย. (ผู้แปล). (2540). **ข้อบังคับว่าด้วยพยานหลักฐานของศาลสหรัฐอเมริกา.**
แปลจาก FEDERAL RULES OF EVIDENCE. (ฉบับปรับปรุงแก้ไขถึงปี 2003).
กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ศาลอุทธรณ์.
- พิศิษฐ์ ชาวลาวัช. (2538). **กฎหมายสื่อสารมวลชน** (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ : ดอกหญ้า.
- พระนิติการณ์ ประสม. (2520). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานและจิตวิทยา.** พิมพ์ในงานพระราชทานเพลิงศพพระนิติการณ์ประสมกรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานครพิมพ์.
- พิชัย นิลทองคำ และ ภาสกร ญารสุธี. (2546). **การต่อสู้คดีแพ่งและคดีอาญาเชิงกลยุทธ์.**
กรุงเทพฯ : อทตยา มิเลินเนียม.
- พิธินัย ไชยแสงสุขกุล. (2533). **นิติปรัชญา : ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ ทฤษฎีกฎหมายบ้านเมือง
และนิติปรัชญาไทย** (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ.
- มานิตย์ จุมปา. (2545). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(พ.ศ.2540)**
(พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ : นิติธรรม.
- ยิ่งศักดิ์ กฤษณจินดา และ วุฒิพงษ์ เวชยานนท์. (2541). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน** (พิมพ์
ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- เริงธรรม ลัดพลี. (2545). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ :
วิญญูชน.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานใน
กฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง** (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : วิญญูชน
- วิชัย ศิริรัตน์. (2543). **สิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย** (พิมพ์ครั้งที่ 1).
กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.
- วิมลศิริ ชำนาญเวช และ วิทิต มั่นตากรณ์. (2533). **สิทธิมนุษยชน : สิทธิหรือหน้าที่ในประเทศ
ไทยในปัจจุบัน.** กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วีระพงษ์ บุญโญภาส. (2547). **อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ Economic Crime** (พิมพ์ครั้งที่ 4).
กรุงเทพฯ : นิติธรรม.
- ศราวุฒิ ประทุมราช. (2544). **สิทธิมนุษยชน : รวบรวมสนธิสัญญามนุษยชนระหว่างประเทศที่
สำคัญ** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : มูลนิธิฟรีดริค เอแบร์ท.
- สภาร่างรัฐธรรมนูญ. (2550). **ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย.** กรุงเทพฯ : สภาร่าง
รัฐธรรมนูญ.
- สมควร กวียะ. (2539). **การสื่อสารมวลชน บทบาทหน้าที่เสรีภาพ และความรับผิดชอบ.**
กรุงเทพฯ : ดอกหญ้า.

- สมชาย รัตนชื่อสกุล. (2544). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน** (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ : แวนแก้ว.
- สมยศ เชื้อไทย. (2543). **คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป** (พิมพ์ครั้งที่ 2). โครงการตำราและเอกสารคำสอนคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สมาคมผู้ตรวจสอบภายในแห่งประเทศไทย. (2545). **มาตรฐานการปฏิบัติงานวิชาชีพการตรวจสอบภายใน**. กรุงเทพฯ : สมาคมผู้ตรวจสอบภายในแห่งประเทศไทย.
- สมาคมผู้ตรวจสอบภายในแห่งประเทศไทย. (ผู้แปล). (2548). **มาตรฐานสากลการปฏิบัติงานวิชาชีพการตรวจสอบภายใน**. แปลจาก International Standards for the Professional Practice of Internal Auditing. กรุงเทพฯ : สมาคมผู้ตรวจสอบภายในแห่งประเทศไทย.
- สุธรรม อยู่ในธรรม และคณะ. (2539). **แนวทางการพัฒนากฎหมายแลกเปลี่ยนข้อมูลด้วยสื่ออิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย**. กรุงเทพฯ : สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ.
- สุพิศ ปราณีตพลกรัง. (2547). **กฎหมายลักษณะพยาน** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : อทชยามิเลินเนียม.
- สุรพล ไตรเวทย์. (2549). **การสอบสวนคดีพิเศษ** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2547). **ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา**. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- โสภณ รัตนاجر. (2547). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน** (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.
- เสถียร เขยประทับ. (2540). **การสื่อสารกับการเมืองเน้นสังคมประชาธิปไตย**. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สำนักงานกฤษฎีกา สำนักรงาน ป.ป.ส. กองนิติการ โดยกลุ่มงานพัฒนาและเผยแพร่กฎหมายกองนิติการ. (2543). **รวมบทความและสาระน่ารู้เกี่ยวกับมาตรการในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร : สรุปสาระสำคัญของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการดักฟังซึ่งจัดทำโดยกระทรวงยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา**. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว.
- อุดม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ และ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2544). **การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**. กรุงเทพฯ : นานาส์พิมพ์.

บทความ

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2541). “รัฐธรรมนูญประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน : 4 ประเด็นสำคัญ.” วารสารกฎหมาย, 18, 2. หน้า 158 – 168.
- คณิต ฌ นคร. (2541). “กระบวนการยุติธรรมกับปัญหาความโปร่งใสและระบบการตรวจสอบตามแนวทางในรัฐธรรมนูญใหม่.” บทบัณฑิตย์, 54, 4. หน้า 47.
- จรัญ ภักดีธนากุล. (2546). “บทคัดพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของสหรัฐอเมริกา.” รพีสาร, ฉบับที่ 1.
- จิรนิติ หะวานนท์. (2527, พฤษภาคม-มิถุนายน). “หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ : เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอเมริกาและกฎหมายเยอรมัน.” ดุลพาห, 31, 3. หน้า 34-52.
- โชค จารุจินดา. “กฎหมายลักษณะพยาน.” วารสารกฎหมาย, 3, 3. หน้า 138-139.
- นคร เสรีรักษ์. (2542, ตุลาคม). “สิทธิที่จะรับรู้ข้อมูลราชการ.” กรุงเทพธุรกิจ, 15.
- บัญญัติ วิสุทธีมรรค. (2533, มิถุนายน). “อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ.” วารสารอัยการ, 13, หน้า 11-23.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2548). “บทสรุปงานวิจัย หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ.” บทบัณฑิตย์, 61, 3. หน้า 1.
- พรเพชร วิชิตชลชัย. (2537, มิถุนายน). “หลักกฎหมายอเมริกันในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นเทป.” บทบัณฑิตย์, 50, 2. หน้า 125-130.
- _____. (2538, ตุลาคม-ธันวาคม). “การรับฟังข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานปัญหาและข้อเสนอแนะ.” ดุลพาห, 42, 4. หน้า 85-103.
- ภวัต วัชรดาวัลย์. (2547, มิถุนายน). “การรับฟังพยานหลักฐานของศาลไทยควรเปลี่ยนแปลงไปบ้างหรือไม่-หลักฐานที่ได้มาโดยไม่ชอบ” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช, 16, 1. หน้า 46-55.
- มานิตย์ จุมปา. (2546, 1 พฤศจิกายน). “กฎหมายข้อมูลส่วนบุคคล.” วารสารข่าวกฎหมายใหม่, 15, 1. หน้า 36 – 41.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2543, มิถุนายน). “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : มาตรการในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.” วารสารนิติศาสตร์, 30, 2. หน้า 187-189.

- วิชา มหาคุณ. (2538). “การตรวจสอบในทางตุลาการ : ศึกษาจากกรณีประกาศ รสช. ฉบับที่ 26.” **บทบัณฑิตย์, 51, 2.** หน้า 65.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2540, กรกฎาคม-กันยายน). “แนวทางการพัฒนาพยานผู้เชี่ยวชาญและผู้ชำนาญการพิเศษมุมมองของผู้เชี่ยวชาญ.” **ตุลาการ, 44, 3.** หน้า 13-22.
- วิสาร พันธนะ. (2535, พฤษภาคม-สิงหาคม). “หลักนิติธรรม.” **วารสารกฎหมายสู่ไทยธรรมมาธิราช, 5, 2.** หน้า 65-68.
- สุภาวรรณ เศรษฐบรรจง. (2547, เมษายน-พฤษภาคม). “คุณค่าของวัตถุพยานในคดีอาญา” **ศาลยุติธรรม, 4, 3.** หน้า 21-26.
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2541, มกราคม – เมษายน). “ขั้นตอนการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน.” **ตุลาการ, 55, 1.** หน้า 189 - 196
- สุรินทร์ ถังทอง. (2524, ตุลาคม). “ประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมาย ปัญหาและข้อเสนอแนะบางประการ.” **วารสารอัคร, 4.**
- สำนักงานอัยการสูงสุด. (2539, มีนาคม). “รายงานการเสวนาทางวิชาการ เรื่อง กระบวนการยุติธรรมจะร่วมมือกันค้นหาความจริงในคดีอาญาได้อย่างไร.” **บทบัณฑิตย์, 52, 1.** หน้า 85-137.
- อุกฤษ มงคลนาวิน. (2518). “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน.” **บทบัณฑิตย์, 32, 1.**
- อัคราทร จุฬารัตน์. (2527, มิถุนายน). “สิทธิของผู้ต้องหาที่ได้รับการมองข้ามหรือหลงลืม.” **วารสารนิติศาสตร์, หน้า 87.**
- อรรณพ ลิขิตจิตตะ. (2542). “แนวคิดการบัญญัติกฎหมายค้ำฟ้า.” **บทบัณฑิตย์, 55, 3.** หน้า 139.

วิทยานิพนธ์

- กงจักร โพธิพร้อม. (2529). **ปัญหาทางกฎหมายมหาชนบางประการเกี่ยวกับการควบคุมการใช้ข่าวสารโดยเครื่องคอมพิวเตอร์.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- กมล แจ่มสุข. (2549). **การตรวจสอบการกระทำทางปกครองของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.

- กิตติมา ประคุณคดี. (2533). การดักฟังทางโทรศัพท์โดยเจ้าพนักงาน. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- จตุติ ธรรมโนวานิช. (2532). การค้น. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์.
กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ซีนอริ มาลีศรีประเสริฐ. (2539). การคุ้มครองสิทธิส่วนตัวกับสื่อสารสนเทศ. วิทยานิพนธ์
ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- เชษฐ ชุนธิวงศ์. (2549). การสอบสวนคดีพิเศษ : กลไกที่ทำให้การสอบสวนมีประสิทธิภาพ.
วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์.
- ชูชีพ ปันระศิริ. (2525). การละเมิดสิทธิส่วนตัว. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชา
นิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์.
- ธิดิพันธ์ ฉายบาง (2546). การรับคดีอาญาขึ้นสู่การพิจารณาศาลสูงสุด : ศึกษาเปรียบเทียบระหว่าง
ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมนี และประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ธนา แสงพิทักษ์. (2548). สิทธิที่จะได้รับทราบข้อกล่าวหา. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ธัญญลักษณ์ เกตุสร (2543). สาธารณะประโยชน์ในกฎหมายปกครอง. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- นคร เสรีรักษ์. (2548). การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล : ข้อเสนอเพื่อการพัฒนาสิทธิรับรู้ข่าวสาร
ในกระบวนการรัฐธรรมนูญไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชา
สหวิทยาการ. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- นารี กิตติสมบูรณ์สุข. (2549). การแสวงหาพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลส่วนบุคคลจากข้อมูล
อิเล็กทรอนิกส์ในอาชญากรรมคอมพิวเตอร์. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ประชา ประสพดี. (2545). สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของฝ่ายนิติบัญญัติ. วิทยานิพนธ์
ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- พิชัย ชัยธำรงค์กุล. (2550). เงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- พิศิษฐ์ มหารัศมี. (2545). การจัดตั้งหน่วยงานสอบสวนคดีพิเศษในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์
ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

- ภาณุ รังสีสหัส. (2533). การกระทำความผิดทางอาญาเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- มโน ขอศรีสาคร. (2539). การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ ค้นยึด โดยมีขอบ : ศึกษา
เฉพาะกรณีพยานวัตถุและพยานเอกสาร. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชา
นิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- รุ่งกานต์ วัชรปริดา. (2547). อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ
ที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์.
กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- เลิศชาย สุธรรมพร. (2541). อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ศึกษาเฉพาะกรณีความปลอดภัยของ
ข้อมูล. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ :
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- เลิศลักษณ์ ปานเลิศ. (2531). การใช้เอกสารจากคอมพิวเตอร์เป็นพยานในศาล. วิทยานิพนธ์
ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วรวิทย์ แซ่หุุ่น. (2548). ขอบเขตของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณี
ก่อนและหลังการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- วิมลศิริ ชำนาญเวช และ วิทิต มั่นตราภรณ์. (2535). สิทธิมนุษยชน : สิทธิหรือหน้าที่ในประเทศ
ไทยในปัจจุบัน. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ :
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วศินี วงศ์นิติ. (2550). อำนาจสืบสวนคดีอาญาของเจ้าพนักงาน : ศึกษามาตรการในการคุ้มครอง
สิทธิและเสรีภาพของประชาชน. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์.
กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ศรีรัตน์ งามนิสัย. (2550). หลักความพอสมควรแก่เหตุ : พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบ
กฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ :
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ศิริชัย ผลการ. (2550). บทบาทของอัยการในการตรวจสอบกระบวนการยุติธรรม. วิทยานิพนธ์
ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ศิริินทร์ อินทรวิชัย. (2548). การแสวงหาพยานหลักฐานจากตัวผู้ถูกกล่าวหา : ศึกษาการตรวจตัว
และการค้นตัวในการดำเนินคดีอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติ
ศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

- ศานิจ บุญศิริ. (2543). ความชอบด้วยกฎหมายของการแสวงหาพยานหลักฐานในการดำเนินคดีอาญาของผู้กระทำผิดโดยเจ้าพนักงานตำรวจ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- สกล นิสารัตน์. (2545). กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สมชาย วิมลสุข. (2549). บทบาทของศาลชั้นต้นในการค้นหาความจริง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- สุชาติ ตระกูลเกษมสุข. (2543). การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการดักฟังทางโทรศัพท์. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- สุมาลี บุญคุ้ม. (2546). อาชญากรรมคอมพิวเตอร์. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชาศิลปศาสตรวิชาการบริหารงานยุติธรรม. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยเกริก.
- สุรพล ธรรมสถิต. (2520). ความสงบเรียบร้อยของประชาชน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สุรเศรษฐ์ หน้างาม. (2549). นิตินิติกับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- สุเมธ จิตต์พานิชย์. (2538). หลักการค้นหาความจริงในการสอบสวน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- อมรเทพ เมืองแสน. (2549). อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

รายงานการประชุมและผลการสัมมนา

- คณะกรรมการวิสามัญ. (2547). การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติสอบสวนคดีพิเศษ เล่ม 1 วุฒิสภา. กรุงเทพฯ : สำนักกรรมการ 2 สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา.
- _____. (2547). การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติสอบสวนคดีพิเศษ เล่ม 2 วุฒิสภา. กรุงเทพฯ : สำนักกรรมการ 2 สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา.
- _____. (2547). การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติสอบสวนคดีพิเศษ เล่ม 3 วุฒิสภา. กรุงเทพฯ : สำนักกรรมการ 2 สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา.

_____ . (2547). รายงานคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการสอบสวนคดี

พิเศษ วุฒิสภา. กรุงเทพฯ : สำนักกรรมการ 2 สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา.
กองนิติการ. (2543). ผลการสัมมนาเรื่องมาตรการทางกฎหมายในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร.

ชลบุรี : สำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด สำนักนายกรัฐมนตรียุฒิสภา. (2544). รายงานการประชุมวุฒิสภา ครั้งที่ 30-32 เล่ม 12 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ).
กรุงเทพฯ : วุฒิสภา.

_____ . (2545). รายงานการประชุมวุฒิสภา ครั้งที่ 4-5 เล่ม 3 (สมัยสามัญทั่วไป). กรุงเทพฯ :
วุฒิสภา.

สถาบันกฎหมายอาญา (2546). ผลการสัมมนาเรื่องการดำเนินคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่ง
ทางการเมือง. นครนายก : สำนักงานอัยการสูงสุด.

รายงานการวิจัย

กมลชัย รัตนสากววงศ์ และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). แนวทางการยกเว้นกฎหมายที่
เกี่ยวข้องกับการค้าทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง
(รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ : วิจัยทุนสำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ.

ณรงค์ ใจหาญ และ คณะ. (2540). สิทธิผู้ต้องหา จำเลย และผู้ต้องหาในคดีอาญา.
(รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ : วิจัยทุนพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการ
กฤษฎีกา.

ธานี วรภัทร์. (2547). ประสิทธิภาพของศาลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทย
(รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ : วิจัยทุนมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.

นันทชัย เพียรสนอง. (2539). การใช้เทคโนโลยีสารสนเทศกับผลกระทบทางกฎหมาย
(รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ : งานวิจัยในการอบรมหลักสูตรผู้บริหารกระบวนการ
ยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.) วิทยาลัยการยุติธรรมกระทรวงยุติธรรม.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2545). วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญ
ต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย. (รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ : สำนักงานศาล
รัฐธรรมนูญ.

วันชัย รุจนวงศ์ และ คณะ. (2548). การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญา
กรรมข้ามชาติ(ระยะที่2) : เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ (รายงานการวิจัย).
กรุงเทพฯ : สถาบันกฎหมายอาญาสำนักงานอัยการสูงสุด.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และ คณะ. (2547). กฎหมายด้านการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในกระบวนการยุติธรรมที่ไม่สอดคล้องกับ หลักสิทธิพื้นฐาน และพันธกรณีระหว่างประเทศ รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย. (รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ : กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2548). การนำรูปแบบการพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมาพัฒนาปรับรูปแบบการพิจารณาคดีอาญาทั่วไป (รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ : งานวิจัยของการอบรมหลักสูตร ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ศ.) รุ่นที่ 8 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม.

อื่นๆ

ข้อบังคับคณะกรรมการพิเศษว่าด้วยการเก็บรักษาการใช้ประโยชน์ข้อมูลข่าวสารที่ได้มา และการทำลายข้อมูลข่าวสารอื่น พ.ศ. 2547.

ข้อบังคับคณะกรรมการพิเศษว่าด้วยการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสอบสวนคดีพิเศษตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547.

ข้อบังคับคณะกรรมการพิเศษว่าด้วยการปฏิบัติหน้าที่ในคดีพิเศษระหว่างหน่วยงานของรัฐ ที่เกี่ยวข้อง พ.ศ. 2547.

ข้อบังคับคณะกรรมการพิเศษว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการสอบสวนร่วมกันหรือการปฏิบัติหน้าที่ร่วมกันในคดีพิเศษระหว่างพนักงานสอบสวนคดีพิเศษกับพนักงานอัยการ หรืออัยการทหาร พ.ศ. 2547.

ประกาศคณะกรรมการพิเศษเรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการในการร้องขอและเสนอให้คณะกรรมการพิเศษมีมติให้คดีความผิดทางอาญาใดเป็นคดีพิเศษ พ.ศ. 2547.

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.

ประมวลกฎหมายอาญา.

พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547.

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542.

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550.

อนุสัญญาของสภายุโรปเรื่องกฎหมายอาญาว่าด้วยการทุจริต.

อนุสัญญาขององค์การนาาประเทศแห่งภาคพื้นอเมริกาเพื่อต่อต้านการทุจริต.
 อนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติเพื่อต่อต้านการทุจริต.

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

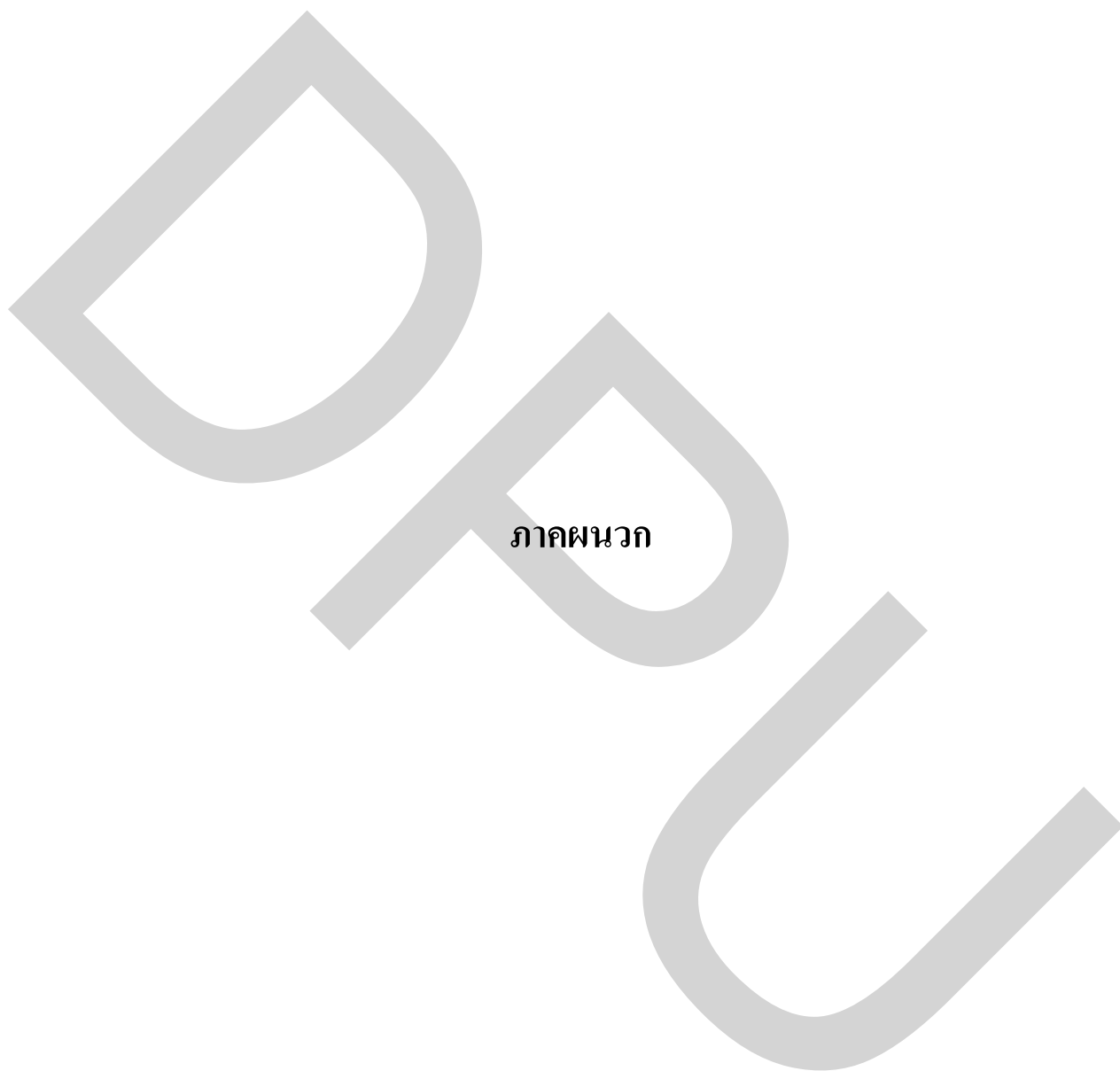
- Alberti, Anthony A. (1999). **Wiretaps : A Complete Guide For The Law and Criminal Justice Professional.** United States : Austin and Winfield.
- Andreas Voss S. (2002). **The Right to Privacy and Assisted Reproductive Technologies : A Comparative Study of Laow of Germany and the U.S.** New York Law Journal of international and Comparative Law 21.
- Allen Christopher. (1996). **SourceBook on Evidence.** London : Great Britain.
- David Flherty H. (1984). **Privacy and Data Protection :An International Bibliography.** (Privacy Edition.). Knowledge Industry Publication.
- Ellen Alderman and Caroline Kennedy. (1995). **The Right to Privacy.** New York : Alfred A. Knopf.
- John A. Usher. (1998). **General Principles of EC Law.** London : Longman.
- Judith Wagner DeCew. (1997). **In Pursuit of Privacy : Law Ethics and The Rise of Technology.** cornell University press.
- Langbein, John H. (2003). **The Origins of Adversary Criminal Trial.** New York : Oxford University Press.
- Mark Littman and Peter Carter-Ruck. (1970). **Privacy and the Law.** Stevens and sons.
- McEwan Jenny. (1998). **Evidence and The Adversarial Process – The Modern Law.** (2nd ed.). New York : Northwestern University Press.
- Nicholas Emiliou. (1996). **The Principle of Proportionality in European Law.** London : Kluwer Law International.
- Patrick Birkinshaw. (1993). **Citizenship and Privacy: Right of Citizenship.** Mansell Publishing.
- Raymond Wacks. (1989). **Personal Information: Privacy and the Law.** Oxford Claredon Press.

Schwarze Jurgen. (1992). **European Administrative Law**. London : Sweet and Maxwell.

Strong, John w. (1999). **McCormick on Evidence**. (5th ed.). New York : West Group.

Strong, John w. (1999). **McCormick on Evidence 2003 Pocket Part**. New York :
West Group.

Takis Tridimas. (1999). **The General Principles of EC Law**. Oxford : Oxford University
Press.



ภาคผนวก

ภาคผนวกที่ 1

FEDERAL RULES OF EVIDENCE
ARTICLE X. CONTENTS OF WRITINGS, RECORDINGS,
AND PHOTOGRAPHS*

Rule 1001. Definitions

For purposes of this article the following definitions are applicable:

(1) **Writings and recordings.** "Writings" and "recordings" consist of letters, words, or numbers, or their equivalent, set down by handwriting, typewriting, printing, photostating, photographing, magnetic impulse, mechanical or electronic recording, or other form of data compilation.

(2) **Photographs.** "Photographs" include still photographs, X-ray films, video tapes, and motion pictures.

(3) **Original.** An "original" of a writing or recording is the writing or recording itself or any counterpart intended to have the same effect by a person executing or issuing it. An "original" of a photograph includes the negative or any print there from. If data are stored in a computer or similar device, any printout or other output readable by sight, shown to reflect the data accurately, is an "original".

(4) **Duplicate.** A "duplicate" is a counterpart produced by the same impression as the original, or from the same matrix, or by means of photography, including enlargements and miniatures, or by mechanical or electronic re-recording, or by chemical reproduction, or by other equivalent techniques which accurately reproduces the original.

Rule 1002. Requirement of Original

To prove the content of a writing, recording, or photograph, the original writing, recording, or photograph is required, except as otherwise provided in these rules or by Act of Congress.

* Available URL : <http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rules.htm>.

Rule 1003. Admissibility of Duplicates

A duplicate is admissible to the same extent as an original unless (1) a genuine question is raised as to the authenticity of the original or (2) in the circumstances it would be unfair to admit the duplicate in lieu of the original.

Rule 1004. Admissibility of Other Evidence of Contents

The original is not required, and other evidence of the contents of a writing, recording, or photograph is admissible if--

(1) **Originals lost or destroyed.** All originals are lost or have been destroyed, unless the proponent lost or destroyed them in bad faith; or

(2) **Original not obtainable.** No original can be obtained by any available judicial process or procedure; or

(3) **Original in possession of opponent.** At a time when an original was under the control of the party against whom offered, that party was put on notice, by the pleadings or otherwise, that the contents would be a subject of proof at the hearing, and that party does not produce the original at the hearing; or

(4) **Collateral matters.** The writing, recording, or photograph is not closely related to a controlling issue.

Rule 1005. Public Records

The contents of an official record, or of a document authorized to be recorded or filed and actually recorded or filed, including data compilations in any form, if otherwise admissible, may be proved by copy, certified as correct in accordance with rule 902 or testified to be correct by a witness who has compared it with the original. If a copy which complies with the foregoing cannot be obtained by the exercise of reasonable diligence, then other evidence of the contents may be given.

Rule 1006. Summaries

The contents of voluminous writings, recordings, or photographs which cannot conveniently be examined in court may be presented in the form of a chart, summary, or

calculation. The originals, or duplicates, shall be made available for examination or copying, or both, by other parties at reasonable time and place. The court may order that they be produced in court.

Rule 1007. Testimony or Written Admission of Party

Contents of writings, recordings, or photographs may be proved by the testimony or deposition of the party against whom offered or by that party's written admission, without accounting for the nonproduction of the original.

Rule 1008. Functions of Court and Jury

When the admissibility of other evidence of contents of writings, recordings, or photographs under these rules depends upon the fulfillment of a condition of fact, the question whether the condition has been fulfilled is ordinarily for the court to determine in accordance with the provisions of rule 104. However, when an issue is raised (a) whether the asserted writing ever existed, or (b) whether another writing, recording, or photograph produced at the trial is the original, or (c) whether other evidence of contents correctly reflects the contents, the issue is for the trier of fact to determine as in the case of other issues of fact.

ภาคผนวกที่ 2

U.S. Supreme Court

BERGER v. NEW YORK, 388 U.S. 41 (1967)***CERTIORARI TO THE COURT OF APPEALS OF NEW YORK.****No. 615.****Argued April 13, 1967.****Decided June 12, 1967.**

Petitioner was indicted and convicted of conspiracy to bribe the Chairman of the New York State Liquor Authority based upon evidence obtained by eavesdropping. An order pursuant to 813-a of the N. Y. Code of Crim. Proc. permitting the installation of a recording device in an attorney's office for a period of 60 days was issued by a justice of the State Supreme Court, after he was advised of recorded interviews between a complainant and first an Authority employee and later the attorney in question. Section 813-a authorizes the issuance of an "ex parte order for eavesdropping" upon "oath or affirmation of a district attorney, or of the attorney general or of an officer above the rank of sergeant of any police department." The oath must state "that there is reasonable ground to believe that evidence of a crime may be thus obtained, and particularly describing the person or persons whose communications . . . are to be overheard or recorded and the purpose thereof." The order must specify the duration of the eavesdrop, which may not exceed two months, unless extended. On the basis of leads obtained from this eavesdrop, a second order, also for a 60-day period, permitting an installation elsewhere was issued. After two weeks of eavesdropping a conspiracy, in which petitioner was a "go-between," was uncovered. The New York courts sustained the statute against constitutional challenge. Held: The language of 813-a is too broad in its sweep resulting in a trespassory intrusion into a constitutionally protected area, and is, therefore, violative of the Fourth and Fourteenth Amendments. Pp. 45-64.

* Available URL : <http://supreme.justia.com/us/388/41/case.html>.

(a) The Fourth Amendment's protections include "conversation," and the use of electronic devices to capture it was a "search" within the meaning of that Amendment. P. 51.

(b) New York's statute authorizes eavesdropping without requiring belief that any particular offense has been or is being committed, nor that the "property" sought, the conversations, be particularly described. P. 55-58.

(c) The officer is given a roving commission to "seize" any and all conversations, by virtue of the statute's failure to describe with particularity the conversations sought. P. 59. [388 U.S. 41, 42]

(d) Authorization to eavesdrop for a two-month period is equivalent to a series of searches and seizures pursuant to a single showing of probable cause, and avoids prompt execution. P. 59.

(e) The statute permits extensions of the original two-month period on a mere showing that such extension is "in the public interest" without a present showing of probable cause for the continuation of the eavesdrop. P. 59.

(f) The statute places no termination date on the eavesdrop once the conversation sought is seized, but leaves it to the officer's discretion. Pp. 59-60.

(g) While there is no requirement for notice in view of the necessity for secrecy, the statute does not overcome this defect by demanding the showing of exigent circumstances. P. 60.

(h) The statute does not provide for a return on the warrant, thus leaving full discretion in the officer as to the use of the seized conversations of innocent as well as guilty parties. P. 60.

18 N. Y. 2d 638, 219 N. E. 2d 295, reversed.

Joseph E. Brill argued the cause for petitioner. With him on the brief was Abraham Glasser. H. Richard Uviller argued the cause for respondent. With him on the brief were Frank S. Hogan and Alan F. Scribner.

Briefs of amice curiae, urging reversal, were filed by Jack Grant Day and Gerald Zuckerman for the National Association of Defense Lawyers in Criminal Cases; by John J. McAvoy for the New York Civil Liberties Union, and by Raymond W. Bergan for the International Brotherhood of Teamsters, Chauffeurs, Warehousemen & Helpers of America.

Briefs of amice curiae, urging affirmance, were filed by Louis J. Lefkowitz, Attorney General, pro se, Samuel A. Hirshowitz, First Assistant Attorney General, and Amy Juviler, Assistant Attorney General, for the Attorney General of the State of New York, and by G. Robert Blakey for Elliot L. Richardson, Attorney General of Massachusetts, Robert Y. Thornton, Attorney General of Oregon, and the National District Attorneys' Association. [388 U.S. 41, 43]

ภาคผนวกที่ 3

กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการดักฟังทางโทรศัพท์ของประเทศสหรัฐอเมริกา (Model Electronic Surveillance Act 1996)*

ในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศ กระทรวงยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาได้รวบรวมและทำแนวทางทั่วไป ของหลักเกณฑ์ในการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ไว้ เพื่อให้ประเทศต่างๆ ที่ประสงค์จะตรากฎหมายดังกล่าว ใช้เป็นแนวทางในการยกร่าง โดยเรียกกันทั่วไปว่า “กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการดักฟัง” ทั้งนี้เพื่อให้กฎหมายในสากลเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

หมวดที่ 1 ว่าด้วยบทวิเคราะห้ศัพท์

มาตรา 1 คำนิยามของคำต่างๆ เช่น

“Wire Communication” หมายถึง การติดต่อสื่อสารจากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่งโดยใช้ขดลวดเคเบิล หรืออุปกรณ์ในลักษณะเดียวกัน แม้เพียงบางส่วน จึงรวมถึง Cellular Phone และ Voice Pager ด้วย

“Oral Communication” หมายถึง การสนทนาระหว่างบุคคล เช่น การสนทนาต่อหน้าไม่ว่าจะในบ้านหรือที่ทำงาน ซึ่งโดยปกติจะดักฟังโดยการนำไมโครโฟนตัวเล็กไปซ่อนไว้หรือที่เรียกว่า Room Bug

“Electronic Communication” หมายถึง การสื่อสารโดยใช้เครื่องโทรสาร E-mail คอมพิวเตอร์หรือดาวเทียม

มีการแยกความแตกต่างระหว่าง “Monitoring กับ Interception” โดย “Monitoring” เป็นการติดตั้งอุปกรณ์เพื่อทราบจำนวนครั้งที่ใช้สื่อสารและพิสูจน์เลขหมายต้นทางแต่ “Interception” จะเป็นวิธีการที่ล่วงล้ำเข้าไปมากกว่านั้นเพราะทำให้ทราบถึงเนื้อหาของการติดต่อสื่อสาร

“Law Enforcement Officer” คือ เจ้าพนักงานที่มีอำนาจในการสืบสวนสอบสวน

* สำนักนายกรัฐมนตรีน สำนักงาน ป.ป.ส. กองนิติการ โดยกลุ่มงานพัฒนาและเผยแพร่กฎหมาย กองนิติการ. (2543). รวมบทความและสาระนำรู้เกี่ยวกับมาตรการในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร : สรุปสาระสำคัญของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการดักฟังซึ่งจัดทำโดยกระทรวงยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา. หน้า 107-115.

หมวดที่ 2 ว่าด้วยเรื่อง “Monitoring”

มาตราที่ 2 ว่าด้วยการห้ามใช้ Pen Register (อุปกรณ์การบันทึกและถอดรหัสเพื่อระบุจำนวนครั้งที่ใช้) และ Trap and Trace Device (อุปกรณ์ที่ช่วยระบุเลขหมายของเครื่องต้นทาง) และข้อยกเว้นหลัก คือ ห้ามติดตั้งหรือใช้อุปกรณ์เหล่านี้ก่อนได้รับอนุญาตจากศาล (ตามวิธีการในมาตรา 4) เว้นแต่กรณีฉุกเฉิน (ตามมาตรา 10)

ข้อยกเว้น ในกรณีต่อไปนี้ต้องขออนุญาตจากศาล

1) ใช้ผู้ให้บริการสื่อสารเกี่ยวกับการดำเนินการดูแลรักษาและทดสอบการให้บริการหรือเกี่ยวกับการปกป้องสิทธิหรือทรัพย์สินของผู้ให้หรือผู้ให้บริการจากการถูกหลอกลวงหรือการใช้ที่ผิดกฎหมาย หรือ

2) เมื่อได้รับอนุญาตจากผู้ให้บริการนั้นๆ

มาตรา 3 การขออนุญาตศาลเพื่อติดตั้งหรือใช้ Pen Register หรือ Trap and Trace Device มีวิธีการและเงื่อนไขว่า พนักงานอัยการหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายต้องทำเป็นหนังสือยื่นต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้ศาลมีคำสั่งอนุญาต โดยมีข้อความดังต่อไปนี้

- 1) ระบุพนักงานอัยการหรือเจ้าพนักงานผู้ยื่นคำขอและผู้ที่ทำกรสืบสวนสอบสวน
- 2) รับรองว่าข้อมูลที่จะได้เกี่ยวข้องกับการสืบสวนความผิดอาญา
- 3) ข้อมูลตามมาตรา 4

มาตรา 4 ได้แก่

1) ระบุตัวลูกค้าหรือสมาชิกของโทรศัพท์สายที่จะมีการติดตั้งอุปกรณ์ (ถ้าทราบ) และรายงานเกี่ยวกับฐานะความผิดซึ่งจะทำการดักฟัง

2) หากผู้ขอต้องการ ศาลอาจสั่งให้ผู้ที่ศาลเห็นสมควรช่วยเหลือทางด้านข้อมูลหรือทางด้านเทคนิคในการติดตั้งอุปกรณ์ตามมาตรา 13 ด้วย

เงื่อนไขเพื่อขอติดตั้ง Pen Register หรือ Trap and Trace Device ภายในเขตศาล หากได้ความตามคำขอพนักงานอัยการหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายว่าข้อมูลที่จะได้เกี่ยวข้องกับการสืบสวนสอบสวนความผิดอาญาที่กำลังดำเนินอยู่ในคำสั่งศาลให้มีรายละเอียดดังนี้

- 1) ระบุตัวลูกค้าหรือสมาชิกของสายโทรศัพท์ที่จะมีการติดตั้งอุปกรณ์
- 2) ผู้ที่เป็นเป้าของการสืบสวนสอบสวน
- 3) เลขหมายและสถานที่ตั้งของโทรศัพท์สายที่จะมีการติดตั้งอุปกรณ์
- 4) รายงานเกี่ยวกับฐานะความผิดที่จะทำการดักฟัง (ต้องระบุ)

หากผู้ขอต้องการ ศาลอาจสั่งให้ผู้ที่ศาลเห็นสมควรช่วยเหลือทางด้านข้อมูลหรือทางด้านเทคนิคในการติดตั้งอุปกรณ์ตามมาตรา 13 ได้

ศาลจะอนุญาตให้ติดตั้ง Pen Register หรือ Trap and Trace Device ได้เป็นเวลาไม่เกิน 60 วัน และอาจขยายได้อีกไม่เกิน 60 วัน

ความลับของคำสั่งศาล ในคำสั่งอนุญาตหรือหรือไม่อนุญาตให้ติดตั้งและใช้ Pen Register หรือ Trap and Trace Device ให้ศาลตั้งดังนี้

- 1) ให้ผิคนึกคำสั่งจนกว่าศาลจะสั่งเป็นอย่างอื่น และ
- 2) หากผู้ที่เป็นเจ้าของหรือผู้เช่าสายที่มีการติดตั้งอุปกรณ์ หรือผู้ที่ศาลสั่งให้ช่วยเหลือเปิดเผยคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตการติดตั้งอุปกรณ์หรือการสืบสวนสอบสวนนั้น

หมวดที่ 3 ว่าด้วยเรื่อง “Interception”

มาตรา 5 ว่าด้วยเรื่องการดักฟังการสื่อสารที่ใช้ขดลวด (Wire Communication) ที่ใช้ปากเปล่า (Oral Communication) และที่ใช้อุปกรณ์ทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Communication)

หลักการของมาตรา 5 นี้เป็นหลักการเดียวกับมาตรา 2 และมาตรา 14 สายลับจึงทำการดักฟังการสนทนาได้หากเป็นคู่สนทนาเอง โดยอาศัยหลักที่ว่าเมื่อคู่สนทนาฝ่ายหนึ่งยินยอมให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่แล้ว ถือว่าการสนทนานั้นไม่มีความเป็นส่วนตัวอีกต่อไป และเมื่อยอมให้มีการใช้สายลับในการสืบสวนสอบสวนคดีอาญา จึงควรที่จะให้มีการใช้เทคโนโลยีที่ดีที่สุดในการรวบรวมพยานหลักฐานด้วย เพราะการดักฟังที่รวมทั้งการันทีกับทสนทนาเป็นวิธีการที่มีความถูกต้องแม่นยำสูง จึงมีความสมบูรณ์กว่าการรวบรวมพยานหลักฐานภายหลังจากที่เหตุการณ์ได้เกิดขึ้น

มาตรา 6 ว่าด้วยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการอนุญาตศาลเพื่อทำ “Interception” โดยแบ่งเป็น 2 ประเภทคือ

- 1) การดักฟังการสื่อสารที่ใช้ขดลวด (Wire Communication) หรือใช้ปากเปล่า (Oral Communication) พนักงานอัยการเป็นผู้มีอำนาจในการอนุญาตให้มีการยื่นคำขอเพื่อทำการดักฟังการสนทนาจากศาลที่มีเขตอำนาจ โดยศาลจะพิจารณาตามมาตรา 8 ต่อไปว่าจะอนุญาตหรือไม่ และความผิดที่จะขออนุญาตเพื่อทำการดักฟังได้นั้นจะต้องเป็นความผิดที่มีโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่... ปีขึ้นไป

- 2) การดักฟังการสื่อสารโดยใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Communication) ใช้วิธีการเช่นเดียวกันข้อ 1) แต่ต่างกับข้อ 1) ตรงที่กฎหมายไม่ได้กำหนดประเภทของความผิดที่จะขอ

อนุญาตศาลเพื่อทำการดักฟังเพราะการสื่อสารตามข้อ 1) มีความเป็นส่วนตัวมากกว่า ประเภทของความผิดจึงความเป็นความผิดที่สำคัญและร้ายแรงพอสมควรซึ่งอาจเป็นความผิดฐานจารกรรม (Espionage) ฐานกบฏ (Treason) การกระทำอันเป็นโจรสลัด (Piracy) ฐานฆ่าคนตาย (Murder) ฐานลักพาตัว (Kidnapping) ฐานลอบฆ่าเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐ (Assassination of high government officials) และความผิดร้ายแรงอื่นๆ ที่สนับสนุนความผิดฐานฉ้อโกง หรือต้มตุ๋น ฐานค้ายาเสพติด และฐานฟอกเงิน

มาตรา 7 ว่าด้วยคำขออนุญาตเพื่อทำ “Interception” (การดักฟัง)

คำขอในที่นี้รวมถึงขอในกรณีฉุกเฉินตามมาตรา 10 ด้วย โดยต้องทำเป็นหนังสือที่มีรายละเอียดดังนี้

- 1) ระบุตัวเจ้าพนักงานผู้ยื่นคำขอและพนักงานอัยการผู้อนุญาตให้มีการยื่นคำขอ
- 2) อำนาจของผู้ยื่นคำขอ
- 3) รายงานข้อเท็จจริงต่างๆ ที่ผู้ขอเชื่อว่าจะทำให้ศาลอนุญาต รวมทั้ง
 - 3.1) รายละเอียดเกี่ยวกับฐานความผิดซึ่งกำลังดำเนินอยู่หรือกำลังจะเกิดขึ้น
 - 3.2) รายละเอียดเกี่ยวกับสภาพและที่ตั้งของที่จะทำการดักฟัง
 - 3.3) รายละเอียดเกี่ยวกับประเภทของการสื่อสารที่จะทำการดักฟัง
 - 3.4) รายละเอียดของตัวบุคคลที่กระทำความผิดและที่จะถูกดักฟัง
- 4) ระบุว่าวิธีการสืบสวนสอบสวนวิธีอื่นได้ถูกใช้แล้วแต่ไม่ได้ผลอย่างสิ้นเชิงหรือไม่ หรือหากใช้ก็ไม่น่าจะสำเร็จหรืออันตรายเกินไป
- 5) ระยะเวลาที่จะขอทำการดักฟัง
- 6) ข้อเท็จจริงทั้งหมดที่เกี่ยวกับคำขออนุญาต เพื่อทำการดักฟังครั้งก่อนๆ หากเกี่ยวกับตัวบุคคล สถานที่หรือสิ่งอำนวยความสะดวกเดียวกันกับที่ระบุในคำขอนี้และคำสั่งศาลต่อคำขอนั้นๆ
- 7) หากเป็นคำขอขยายระยะเวลาที่ได้ทำการดักฟัง ให้อธิบายเหตุผลว่าเพราะเหตุใดการดักฟังในช่วงระยะเวลาเดิมที่ขอไปจึงไม่ได้ผล

มาตรา 8 ว่าด้วยคำสั่งศาลเพื่อทำ “Interception”

ศาลอาจสั่งให้ผู้ยื่นคำขอให้การเพิ่มเติมหรือยื่นหลักฐานอื่นเพิ่มเติมจากที่กล่าวไว้ในคำขอก็ได้ ศาลอาจสั่งอนุญาตให้ทำการดักฟังโดยไม่จำเป็นต้องถามผู้ที่เกี่ยวข้องอื่น หากได้ความว่า

1) มีเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลนั้นกระทำความผิด ได้กระทำความผิดหรือจะกระทำความผิดตามมาตรา 6

2) มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะได้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดจากการดักฟังครั้งนี้

3) วิธีการสืบสวนสอบสวนวิธีอื่นได้ถูกใช้แล้วแต่ไม่ได้ผล หรือหากใช้ก็ไม่น่าจะสำเร็จหรืออันตรายเกินไป และ

4) มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้กระทำความผิดกำลังใช้ จะใช้ เข้า มีชื่อเป็นเจ้าของหรือปกปิด ใช้สิ่งอำนวยความสะดวกหรือที่ที่จะมีการติดตั้งอุปกรณ์เพื่อทำการดักฟัง

ในคำสั่งศาล ให้มีรายละเอียด ดังนี้

1) ระบุตัวบุคคลที่จะถูกดักฟัง (ถ้าทราบ)

2) สภาพและที่ตั้งของสิ่งอำนวยความสะดวกในการดักฟังและสถานที่ที่จะทำการดักฟัง

3) ประเภทของการสื่อสารที่จะทำการดักฟัง และฐานความผิดที่ต้องการสืบสวนสอบสวน

4) ระบุตัวเจ้าพนักงานผู้ที่จะทำการดักฟัง เจ้าพนักงานผู้ยื่นคำขอและพนักงานอัยการผู้อนุญาตให้มีการยื่นคำขอ

5) ระยะเวลาที่อนุญาตให้ทำการดักฟัง และระบุด้วยว่าระยะเวลาดังกล่าวจะสิ้นสุดโดยอัตโนมัติหรือไม่

หากผู้ยื่นคำขอต้องการ ศาลอาจสั่งให้บุคคลอื่นนอกเหนือจากเจ้าพนักงานให้ความช่วยเหลือตามมาตรา 13 ในการดักฟังด้วย เช่น เจ้าของที่ดิน ศาลอาจสั่งอนุญาตให้ทำการดักฟังได้ไม่เกิน 30 วัน โดยเริ่มนับตั้งแต่วันที่เจ้าพนักงานทำการดักฟัง หรือเมื่อครบ 10 วันหลังจากที่ได้มีคำสั่งศาลแล้วแต่ว่าวันใดเริ่มก่อนก็ให้นับตั้งแต่วันนั้น และหากต้องการขยายระยะเวลาก็ให้ยื่นคำขอต่อศาลใหม่โดยปฏิบัติตามวิธีการข้างต้น คำขอและคำสั่งศาลต้องมีการปิดผนึกโดยศาล และให้เก็บรักษาไว้โดยผู้ที่ศาลสั่ง จะเปิดเผยได้ต่อเมื่อได้แสดงเหตุผลให้เป็นที่พอใจแก่ศาลและห้ามทำลายเว้นแต่โดยคำสั่งของศาลผู้สั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ทำการดักฟัง และไม่ว่าในกรณีใดให้เก็บรักษาไว้เป็นระยะเวลา 10 ปี

มาตรา 9 ว่าด้วยขั้นตอนของการทำ “Interception”

1) การทำ Interception มีหลักการใช้น้อยที่สุด (Minimization) กล่าวคือ พยายามดักฟังการสนทนาให้เสร็จโดยเร็วที่สุด เพื่อปกป้องความเป็นส่วนตัวของผู้เกี่ยวข้องและรวมถึงการดักฟังเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องให้น้อยที่สุดด้วย นอกจากนี้หากข้อมูลที่ได้จากการดักฟังเป็นรหัสหรือ

ภาษาต่างประเทศโดยที่ผู้เชี่ยวชาญไม่อยู่ด้วย ในขณะที่ทำการดักฟังแล้วต้องมีการดำเนินการเพื่อแยกข้อมูลที่ไม่เกี่ยวข้องในภายหลัง ก็ให้ดำเนินการโดยเร็ว

2) ผู้ที่จะทำการดักฟังต้องทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐหรือบุคคลที่ถูกจ้างโดยรัฐบาลที่ทำงานภายใต้ความดูแลของเจ้าพนักงานที่มีอำนาจทำการดักฟัง

3) เมื่อศาลอนุญาตให้ทำการดักฟัง ศาลอาจสั่งให้มีการรายงานความคืบหน้าของการดักฟังต่อศาลเป็นระยะตามแต่ศาลจะสั่ง

4) การบันทึกและการเก็บรักษาเนื้อหาของการดักฟัง

4.1) เนื้อหาการสื่อสารไม่ว่าโดยใช้ขดลวด ปากเปล่า หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ ถ้าเป็นไปได้ให้บันทึกโดยใช้เทป ขดลวดหรืออุปกรณ์อื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันและการบันทึกให้ใช้วิธีที่จะกันไม่ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในภายหลัง ทั้งนี้ที่ระยะเวลาที่อนุญาตให้ทำการดักฟังสิ้นสุดลงต้องส่งสิ่งที่บันทึกมาได้ต่อศาลและให้ปิดผนึกไว้ตามแต่ศาลจะสั่ง

4.2) การเก็บรักษาเนื้อหาของการดักฟัง สำหรับสถานที่ที่เก็บรักษาให้เป็นไปตามที่ศาลสั่ง และไม่ให้ทำลายเว้นแต่โดยคำสั่งของศาลผู้ที่ตั้งอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ทำการดักฟัง และไม่ว่าในกรณีใด ให้เก็บรักษาไว้เป็นระยะเวลา 10 ปี การทำสำเนาการบันทึกอาจทำได้เพื่อประโยชน์ตามมาตรา 11 สำหรับการปิดผนึกให้เป็นไปตามมาตรา 8 และถ้าจะใช้เป็นพยานหลักฐาน หรือประกอบคำให้การ จะต้องมีการประทับด้วยหรือหากไม่มีตราประทับปรากฏอยู่ก็ต้องอธิบายให้เป็นที่พอใจได้

หมวดที่ 4 ว่าด้วยเรื่องทั่วไป

มาตรา 10 การติดตั้งอุปกรณ์เพื่อทำ Monitoring หรือ Interception ในกรณีฉุกเฉินเจ้าพนักงานใดที่ได้รับอำนาจจากพนักงานอัยการอาจทำ Monitoring หรือ Interception ได้ก่อนศาลมีคำสั่งอนุญาต หากได้ความว่า

1) เจ้าพนักงานพิจารณาแล้วเห็นว่า มีกรณีฉุกเฉินเกิดขึ้น ซึ่งกรณีรวมถึง

1.1) มีภัยอันตรายอันใกล้จะถึงเกี่ยวกับความตายหรือถึงบาดเจ็บสาหัสต่อบุคคลใด

1.2) หรือมีการสมคบเพื่อกระทำการซึ่งคุกคามต่อความมั่นคงของรัฐ

2) ต้องยื่นคำขอต่อศาลตามมาตรา 3 หรือ 7 แล้วแต่กรณี เพื่อให้รับรองการดักฟังที่ได้ทำไปก่อนโดยไม่ได้ขออนุญาตจากศาล ทั้งนี้ภายใน 48 ชั่วโมงหลังจากที่ลงมือทำการดักฟัง และให้ยุติการดักฟังทันที เมื่อได้ข้อมูลที่ต้องการหรือเมื่อศาลปฏิเสธไม่รับรองการดักฟังที่ทำไปแล้วแล้วแต่ว่าสิ่งไหนเกิดขึ้นก่อน

3) ในกรณีที่ศาลพิเศษไม่รับรองการดักฟังที่ได้ทำไปให้ถือว่าข้อมูลที่ได้ เป็นการ
ได้มาโดยฝ่าฝืนกฎหมายฉบับนี้ และให้ปฏิบัติตามมาตรา 12 เพื่อบอกกล่าวต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง

4) ความคุ้มกันของผู้สุจริตจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดี เจ้าพนักงานผู้ทำการดักฟัง
กระทำตามหน้าที่โดยสุจริตจะได้รับการคุ้มครองจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีทั้งทางแพ่งและทาง
อาญา ไม่ว่าตามกฎหมายฉบับนี้หรือกฎหมายฉบับอื่น

มาตรา 11 ว่าด้วยการเปิดเผยหรือใช้การสื่อสารที่ถูก Monitor หรือถูก Intercept มาได้

1) เจ้าหน้าที่สืบสวนสอบสวน หรือเจ้าพนักงานใดที่มีข้อมูลที่ถูกดักฟัง ไม่ว่าจะได้มา
โดยวิธีใดตามกฎหมายฉบับนี้ อาจเปิดเผยข้อมูลแก่เจ้าหน้าที่สืบสวนสอบสวนหรือเจ้าพนักงานอื่น
ตามขอบเขตที่เจ้าหน้าที่สืบสวนสอบสวนหรือเจ้าพนักงานอื่นควรทราบเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ หรือ
ใช้ประโยชน์จากข้อมูลนั้นในขอบเขตที่เหมาะสมเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่สืบสวน
สอบสวนหรือเจ้าพนักงานนั้น

2) การเปิดเผยข้อมูลในการพิจารณาคดี หากข้อมูลที่ได้มาโดยปฏิบัติตามบทบัญญัติ
แห่งกฎหมายนี้ บุคคลใดก็ตามที่ได้รับข้อมูลนั้นมาไม่ว่าโดยวิธีใดตามกฎหมายฉบับนี้อาจเปิดเผย
ข้อมูลดังกล่าวภายใต้คำสาบานในการพิจารณาคดีได้

3) การสื่อสารบางอย่างที่มีเอกสิทธิ์ก็ยังคงมีเอกสิทธิ์เช่นเดิม เช่น การสื่อสารระหว่าง
ทนายกับลูกความ ระหว่างสามีกับภรรยา หรือระหว่างบาทหลวงกับผู้มาสารภาพบาป

4) การสื่อสารที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่ไม่ได้ระบุไว้ในคำสั่งศาล อาจเปิดเผยหรือใช้
ข้อมูลนั้นได้โดยปฏิบัติตามข้อ 1) และอาจใช้ตามข้อ 2) ได้หากศาลอนุญาตเพราะได้ความว่าข้อมูลที่
ได้หรือคำขอเพื่อให้ศาลรับรองการดักฟังที่ได้ทำไปแล้ว ได้มีการปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่ง
กฎหมายนี้โดยให้คำขอดังกล่าวโดยเร็วที่สุดหลังจากได้ทำการดักฟังแล้ว

มาตรา 12 ว่าด้วยคำบอกกล่าวไปยังผู้ที่เกี่ยวข้อง

1) คำบอกกล่าวไปยังคู่กรณีภายหลังการดักฟังสิ้นสุดลง ต้องบอกกล่าวภายในเวลาอัน
สมควรแต่ทั้งนี้ไม่เกิน 90 วัน หลังจากทีระยะเวลาตามคำสั่งศาลอนุญาตให้ทำการดักฟังสิ้นสุดลง
หรือหลังจากที่มีการปฏิเสธไม่รับรองให้ทำการดักฟังในกรณีฉุกเฉินตามมาตรา 10 โดยต้องบอก
กล่าวไปยังคู่กรณี ซึ่งได้แก่ บุคคลที่มีชื่ออยู่ในคำสั่งศาลหรือในคำขอและบุคคลอื่นตามที่ศาล
เห็นสมควร เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม โดยคำบอกกล่าวควรมีข้อความดังต่อไปนี้

- 1.1) ข้อเท็จจริงของคำสั่งหรือคำขอ
 - 1.2) วันที่มีคำสั่งและระยะเวลาที่อนุญาตหรือข้อความว่าศาลรับรองหรือ ไม่รับรอง ให้ทำการดักฟังหรือปฏิเสธคำขอ
 - 1.3) ข้อเท็จจริงว่าในช่วงระยะเวลาดังกล่าวได้มีการ Monitor หรือ Intercept การสื่อสารนั้นหรือไม่
- 2) การเปิดเผยข้อมูลอย่างอื่น หากมีคำขอ ศาลอาจสั่งให้เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับขอคำสั่ง ศาลหรือข้อมูลอื่นเกี่ยวกับการดักฟังที่ได้กระทำมาแล้ว หรือบางส่วนของบทสนทนาแก่บุคคลใด หรือทนายความของบุคคลนั้นก็ได้ตามแต่ศาลจะเห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม
 - 3) การเลื่อนการบอกกล่าวหรือการแก้ไขข้อความ เมื่อมีคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลและฟัง ได้ความว่ามีเหตุเพียงพอ ศาลอาจเลื่อนหรือแก้ไขข้อความในคำบอกกล่าวได้

มาตรา 13 การใช้ความช่วยเหลือในการติดตั้งและใช้อุปกรณ์เพื่อทำการ Monitor หรือ Intercept

ผู้ให้บริการสื่อสารทั้งทางขดลวดและทางอิเล็กทรอนิกส์ รวมทั้งเจ้าหน้าที่นายจ้างและเจ้าหน้าที่ของผู้ให้บริการเหล่านี้ เจ้าของที่ดิน ผู้ดูแลรักษาหรือบุคคลอื่นใดต้องรับผิดชอบให้ซึ่งข้อมูลทั้งหมด สิ่งอำนวยความสะดวกและความช่วยเหลือทางด้านเทคนิคที่จำเป็นแก่เจ้าพนักงาน หากมีการแสดง ซึ่ง

- 1) คำสั่งศาลที่ระบุว่าต้องให้ความช่วยเหลือ หรือ
- 2) หนังสือรับรองโดยเจ้าพนักงานหรือพนักงานอัยการว่ากรณีนี้ไม่ต้องมีหมายหรือ คำสั่งศาลครบเงื่อนไขต่างๆ ที่กฎหมายกำหนด และต้องให้ความช่วยเหลือจริง

อย่างไรก็ตาม การขอความช่วยเหลือต้องไม่ทำในลักษณะที่เป็นการบุกรุกหรือรुक้า สิทธิของผู้ที่ให้ความช่วยเหลือและให้ทำในลักษณะที่เป็นการรบกวนสิทธิของผู้ที่ให้ความช่วยเหลือให้น้อยที่สุด บุคคลใดที่อำนวยความสะดวกหรือให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิคตาม มาตรา นี้ จะได้รับการชดเชยค่าใช้จ่ายตามสมควรที่เกิดขึ้นจากการนั้น

บุคคลเหล่านี้ไม่ต้องรับผิดชอบไม่ว่าในทางแพ่งหรือทางอาญา โดยถือว่า การกระทำไปโดย สุจริตตามคำสั่งศาลหรือในกรณีฉุกเฉินตามกฎหมายฉบับนี้เป็นข้อต่อผู้เดือดร้อนที่จะไม่ต้องรับผิดชอบ ทั้งทางแพ่งและทางอาญาไม่ว่าตามกฎหมายฉบับนี้หรือกฎหมายฉบับอื่น

มาตรา 14 การกระทำที่ผิดกฎหมายและโทษ

การกระทำที่ผิดกฎหมาย เว้นแต่บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับนี้หรือที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย บุคคลใดกระทำการดังต่อไปนี้โดยเจตนา ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

- 1) กระทำ พยายามกระทำ หรือก่อให้เกิดบุคคลอื่นกระทำการกักการสื่อสาร (Electronic Surveillance)
- 2) ใช้หรือเปิดเผยข้อมูลหรือเนื้อหาของ การสื่อสารแก่บุคคลใด หรือพยายามกระทำการดังกล่าว โดยรู้หรือควรรู้ว่าข้อมูลนั้นได้มาโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้
- 3) เปิดเผยว่ามี การกักการสื่อสาร เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลในภายหลัง การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้การกระทำต่อไปนี้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายฉบับนี้

1) ผู้ควบคุมแผงสลับเปลี่ยนโทรศัพท์ หรือเจ้าหน้าที่ ลูกจ้าง หรือเจ้าหน้าที่ของผู้ให้บริการสื่อสาร ซึ่งทำการ Monitor หรือ Intercept เปิดเผยหรือใช้การสื่อสารนั้นตามปกติในทางการที่จ้างและใช้ตามปกติเพื่อปกป้องสิทธิหรือทรัพย์สินของผู้ให้บริการ แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงผู้ให้บริการสื่อสาร โดยใช้ขดลวด (Wire Communication) ที่เป็นบริการสาธารณะเว้นแต่เพื่อตรวจสอบคุณภาพของอุปกรณ์หรือการให้บริการ

2) บุคคลตามมาตรา 13 ที่จัดหาให้ซึ่งข้อมูล สิ่งอำนวยความสะดวกหรือความช่วยเหลือทางด้านเทคนิคแก่ผู้ที่ได้รับอำนาจตามกฎหมายให้ทำการ Monitor หรือ Intercept การสื่อสาร

3) บุคคลที่ทำการ Monitor หรือ Intercept การสื่อสาร ในกรณี que บุคคลนั้นเป็นคู่สนทนาเอง หรือหนึ่งในคู่สนทนาได้ให้ความยินยอมไว้ก่อนแล้ว

โทษ

1) เว้นแต่ที่กำหนดไว้ในข้อ 2) หรือที่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในกฎหมายฉบับนี้ ผู้ใดกระทำการที่ผิดกฎหมายข้างต้นให้ต้องโทษปรับไม่เกิน ...หรือจำคุกไม่เกิน... ปี

2) ทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงข้อ 1) บุคคลใดกระทำการที่ผิดกฎหมายข้างต้นในกรณีที่เป็นการใช้หรือติดตั้ง Pen Register หรือ Trap and Trace Device หรือพยายามกระทำการดังกล่าว ต้องโทษปรับไม่เกิน...หรือจำคุกไม่เกิน...ปี

3) ผู้ใดฝ่าฝืนเงื่อนไขต่างๆ ในคำสั่งศาล ให้ต้องโทษเช่นเดียวกับการละเมิดอำนาจศาล หรือต้องโทษปรับไม่เกิน...หรือจำคุกไม่เกิน... ปี (บางประเทศอาจเลือกบัญญัติว่าให้รับโทษ

เช่นเดียวกับการละเมิดอำนาจศาล ซึ่งให้ความยืดหยุ่นแก่ศาลมากกว่าในการที่จะกำหนดมาตรการบังคับวิธีอื่นได้โดยดูจากสภาพและเจตนาของผู้ฝ่าฝืน แต่สำหรับประเทศที่ไม่คำนึงถึงอำนาจของศาลมากนัก ก็อาจเลือกบัญญัติกำหนดช่วงของอัตราโทษไปเลย)

4) ทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงข้อ 3) ผู้ใดฝ่าฝืนเงื่อนไขต่างๆ ในคำสั่งศาลเฉพาะเรื่องที่ใช้หรือติดตั้ง Pen Register หรือ Trap and Trace Device ให้ต้องโทษปรับเช่นเดียวกับการละเมิดอำนาจศาลหรือต้องปรับไม่เกิน...หรือจำคุกไม่เกิน...ปี

ข้อสังเกต โทษตามข้อ 2) ต้องเบากว่าโทษตามข้อ 1) และโทษตามข้อ 4) ต้องเบาว่าโทษตามข้อ 3) เพราะการใช้หรือติดตั้ง Pen Register หรือ Trap and Trace Device เป็นการทำให้ Monitor การสื่อสารคือเพื่อทราบจำนวนครั้งที่มีการสื่อสารและพิสูจน์เลขหมายต้นกำเนิดของการโทรศัพท์ที่นั่นเท่านั้น โดยไม่ได้ล่วงล้ำเข้าไปทราบถึงเนื้อหาของการติดต่อสื่อสาร โทษจึงควรเบา

ภาคผนวกที่ 4

ฐานความผิดทางอาญาของสหรัฐอเมริกาที่ใช้อำนาจพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลได้ (The Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968)*

ลักษณะความผิดทางอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่สามารถกระทำการเข้าถึงข้อมูลเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนและป้องกันอาชญากรรม คือ The Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968 มาตรา 2516 ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1) ความผิดที่มีโทษประหารชีวิตหรือจำคุกเกินกว่า 1 ปี

มาตรา 2274 ถึง 2277 ของภาค 42 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา (The United States Code) เกี่ยวกับการบังคับใช้ The Atomic Energy Act of 1954,

มาตรา 2284 ของภาค 42 แห่งประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (เกี่ยวกับการก่อวินาศกรรมอุปกรณ์นิวเคลียร์หรือพลังงาน)

ตามภาค 18 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา ในบทที่ 37 (เกี่ยวกับจารกรรม) , บทที่ 105 (เกี่ยวกับการทำลายทรัพย์สินส่วนตัวโดยมีเจตนาร้ายต่อเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินดังกล่าว) บทที่ 111 , (เกี่ยวกับการทำลายเรือ) , บทที่ 81 (เกี่ยวกับโจรสลัด)

2) การละเมิดมาตรา 186 หรือมาตรา 501 (c) ของภาค 26 แห่งประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (เกี่ยวกับข้อจำกัดในการจ่ายเงินและกู้ยืมแก่องค์กรผู้ใช้แรงงาน) การปล้นหรือกรรโชก และเป็นความผิดที่มีโทษตามภาค 18

3) ความผิดต่างๆ ซึ่งถูกลงโทษภายใต้ภาค 18 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐดังต่อไปนี้
มาตรา 32 (เกี่ยวกับการทำลายเครื่องบินหรือเครื่องอำนวยความสะดวกในเครื่องบิน)

มาตรา 33 (เกี่ยวกับการทำลายพาหนะที่เป็นเครื่องยนต์หรือเครื่องอำนวยความสะดวก)

มาตรา 66 (ข่มขู่เงินบำนาญหรือเงินสวัสดิการ)

มาตรา 115 (เกี่ยวกับการข่มขู่หรือแก้แค้นต่อเจ้าพนักงานสหรัฐ)

มาตรา 201 (การให้สินบนเจ้าพนักงานและพยาน)

มาตรา 224 (การให้สินบนในการแข่งขันกีฬา)

มาตรา 351 (การฝ่าฝืนเกี่ยวกับการลอบฆ่า หรือทำร้ายร่างกายสมาชิกรัฐสภา คณะรัฐมนตรีหรือผู้พิพากษาศาลสูง)

* สุชาติ ตรีภูมิตินิมิต. (2543). การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการดักฟังทางโทรศัพท์. หน้า 78.

- มาตรา 695 (การลักทรัพย์จากการขนส่งสินค้าระหว่างมลรัฐ)
- มาตรา 751 (เกี่ยวกับการหลบหนีจากที่คุมขัง)
- มาตรา 831 (เกี่ยวกับการห้ามประกอบธุรกิจนิวเคลียร์)
- มาตรา 844 อนุมาตรา (d),(e),(f),(g),(h), หรือ (I) (การใช้ระเบิดโดยผิดกฎหมาย)
- มาตรา 1029 (เกี่ยวกับการทำลายเครื่องบิน หรือเครื่องอำนวยความสะดวกในเครื่องบิน)
- มาตรา 1084 (การใช้ข้อมูลเกี่ยวกับการพนัน)
- มาตรา 1203 (เกี่ยวกับการจับคนเป็นตัวประกัน)
- มาตรา 1341 (เกี่ยวกับการฉ้อโกงทางไปรษณีย์)
- มาตรา 1343 (ฉ้อโกงสายวิทยุหรือโทรทัศน์)
- มาตรา 1346 (เกี่ยวกับการลงโทษ การไม่ปรากฏตัว)
- มาตรา 1503, 1512 และ 1513 (การข่มขู่หรือทำร้ายเจ้าพนักงาน ลูกขุน หรือพยานทั่วไป)
- มาตรา 1510 (การขัดขวางการสืบสวนคดีอาญา)
- มาตรา 1511 (การขัดขวางการบังคับใช้กฎหมายสหรัฐหรือมลรัฐ)
- มาตรา 1751 (การลอบฆ่า การลักพาตัวประธานาธิบดีและคณะ)
- มาตรา 1951 (การเข้าไปเกี่ยวข้องกับทางการค้าโดยข่มขู่หรือใช้ความรุนแรง)
- มาตรา 1952 (การกระทำเกี่ยวกับการเดินทาง หรือการขนส่งระหว่างมลรัฐ โดยจุดมุ่งหมายเพื่อชู้เอาเงินจากกิจการค้า)
- มาตรา 1954 (เสนอให้ยอมรับจะให้หรือชักชวนให้มีอิทธิพลหรือต่อการดำเนินการของโครงการผลประโยชน์ของลูกจ้าง)
- มาตรา 1955 (การห้ามประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการพนัน)
- มาตรา 1956 (การแปรสภาพเครื่องมือเกี่ยวกับการเงิน),
- มาตรา 1957 (การเกี่ยวข้องกับธุรกิจทางการเงินในทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย)
- มาตรา 1958 (การรับจ้างฆาตกรรมโดยใช้เครื่องอำนวยความสะดวกในการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ)
- มาตรา 1959 (เกี่ยวกับการประกอบอาชญากรรมที่รุนแรงโดยจุดมุ่งหมายการชู้เอาเงิน)
- มาตรา 1963 (การฝ่าฝืนโดยองค์กรที่ใช้อิทธิพลข่มขู่และให้สินบน)
- มาตรา 1992 (เกี่ยวกับการทำลายรางรถไฟ)
- มาตรา 2312, 2313, 2314, และ 2315 (การขนส่งทรัพย์สินที่ขโมยมาระหว่างมลรัฐ)
- มาตรา 2315 และ 2252 (การกระทำละเมิดทางเพศต่อเด็ก)

มาตรา 2321 (เกี่ยวกับการค้าพาหนะที่เป็นเครื่องยนต์ หรือส่วนประกอบประกอบพาหนะที่เป็นเครื่องยนต์)

มาตรา 3521 (b) (3) (เกี่ยวกับการให้พยานย้ายที่อยู่และการช่วยเหลือ)

และมาตราในบทที่ 65 (เกี่ยวกับการทำลายเครื่องมือให้พนักงาน)

4) ความผิดภาค 18 ที่เกี่ยวกับการปลอมแปลงที่ถูกลงโทษภายใต้มาตรา 471, 472, 473

5) ความผิดภาค 11 ที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงเกี่ยวกับคดีความ หรือการผลิตการนำเข้า การรับการปกปิด การซื้อ การขาย หรือความผิดในลักษณะอื่นที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติดกัญชา หรือยาอันตรายอื่น ที่มีโทษตามกฎหมายสหรัฐ

6) ความผิดภาค 18 รวมถึงกิจการค้าเชื่อซึ่งเอาเปรียบภายใต้มาตรา 892, 893 หรือ 894

7) การฝ่าฝืนภาค 31 มาตรา 532 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา (การรายงานธุรกิจทางการเงิน)

8) การฝ่าฝืนภาค 18 ที่เป็นความผิดตามมาตรา 2511 และ 2512 (เกี่ยวกับการดักฟังทางโทรศัพท์ และการเปิดเผยการสื่อสาร และเครื่องมือดักฟัง)

9) การฝ่าฝืนภาค 18 ในบทที่ 71 (และเครื่องมือดักฟัง)

10) การฝ่าฝืนภาค 49 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐ ตามมาตรา 1679a (C) (2) (เกี่ยวกับการทำลายท่อส่งก๊าซธรรมชาติ) หรืออนุมาตรา (I) หรือ (n) ของมาตรา 1472 (เกี่ยวกับสลัดอากาศ)

11) การฝ่าฝืนภาค 22 ทางอาญาในมาตรา 2778 (The Arms Export Control Act)

12) ผู้ที่ลี้ภัยมาจากการทำความผิดที่ระบุไว้ในมาตรานี้

13) การสมคบที่จะกระทำความผิดต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้น

14) การฝ่าฝืนภาค 18 มาตรา 922 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐ (เกี่ยวกับอาวุธปืน)

15) การฝ่าฝืนมาตรา 5861 แห่งประมวลกฎหมายภายใน ค.ศ. 1986 (เกี่ยวกับอาวุธปืน)

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ นามสกุล	นายโสฬส เมฆอภา
วัน เดือน ปีเกิด	7 สิงหาคม 2527
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต (ปีการศึกษา 2549)
ทุนการศึกษา	ทุนสำหรับบัณฑิตจากมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
ประวัติการทำงาน	ฝึกปฏิบัติงานทางกฎหมาย ดำเนินการที่กรมสอบสวนคดีพิเศษ ที่ปรึกษาทางกฎหมายของบริษัท ซีสตาร์ อีควิปเมนต์ จำกัด ที่ปรึกษาทางกฎหมายของบริษัท สตาร์วัน อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด