ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต

คธา รักแผน

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2562

Legal Problems Relating to Internet Communication Eavesdropping

Katar Rukphaen

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2019

ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต

เสนอโดย นายคธา รักแผน

สาขาวิชา นิติศาสตร์

หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

.....ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ)

.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน)

.....กรรมการ

(อาจารย์ ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์)

.....กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธานี วรภัทร์)

คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ รับรองแล้ว

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนชื่อสกุล)

วันที่ ...๑๕... เดือน กรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๕๑

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต
ชื่อผู้เขียน คธา รักแผน
อาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน
สาขาวิชา นิติศาสตร์
ปีการศึกษา 2561

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์นี้มีวัตถุประสงค์ในศึกษาถึงการนำมาตรการบังคับทางอาญา (compulsory measures) มาใช้กับการดักฟังการสื่อสาร โทรคมนาคมทางอินเทอร์เน็ต โดยศึกษาถึงหลักการและความเหมาะสมของมาตรการบังคับทางอาญากับการนำหลักการดักฟังการสื่อสาร โทรคมนาคมตามกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้กับการใช้อำนาจของรัฐในการแสวงหาพยานหลักฐาน กับการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) และเสรีภาพในการสื่อสารของปัจเจกบุคคลอย่างเหมาะสม เพื่อให้เกิดสมดุลระหว่างการป้องกันและปราบปรามการก่ออาชญากรรมที่นับวันจะยิ่งมีรูปแบบที่ซับซ้อนมากขึ้นอันเกิดมาจากความก้าวหน้าของเทคโนโลยีการสื่อสารไปพร้อมกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

โดยจากการศึกษาพบว่าในต่างประเทศนั้นมีการบัญญัติหลักกฎหมายว่าด้วยมาตรการดักฟังการสื่อสารทางโทรคมนาคมทางอินเทอร์เน็ตให้เป็นหลักกฎหมายซึ่งบังคับใช้เป็นการทั่วไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยกำหนดถึงกระบวนการ เงื่อนไข และองค์กรที่มีอำนาจใช้มาตรการเอาไว้อย่างชัดเจนแน่นอน ซึ่งส่งผลโดยตรงต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจากการใช้อำนาจของรัฐอย่างมีภาวะวิสัย (Objectivity) ในส่วนของประเทศไทยพบว่ายังขาดหลักกฎหมายว่าด้วยมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต โดยไม่มีกฎหมายฉบับใดที่ให้อำนาจในการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตไว้โดยเฉพาะ ทำให้เจ้าพนักงานปราศจากอำนาจตามกฎหมายในการบังคับใช้มาตรการ ซึ่งที่ผ่านมาหลักการดักฟังการสื่อสาร โทรคมนาคมของไทยนั้นกระจัดกระจายอยู่ตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ หลายฉบับซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายพิเศษ ส่งผลให้ไม่อาจนำกฎหมายเหล่านั้นมาบังคับใช้ให้ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตามพฤติการณ์แห่งคดีที่มีความแตกต่างกัน รวมทั้งการบังคับใช้กฎหมายพิเศษเหล่านี้ก็กระทำโดยองค์กรที่ต่างกันไปตามแต่วัตถุประสงค์ของกฎหมายพิเศษในแต่ละฉบับ ส่งผลให้ไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางอาญาให้อยู่ภายใต้หลักการตีความ กระบวนการ เงื่อนไข และองค์กรที่มีอำนาจอนุมัติให้ใช้มาตรการอย่างแน่นอนชัดเจน ซึ่งส่งผลกระทบโดยตรงต่อการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพและการอำนวยความยุติธรรม

ดังนั้น การแก้ปัญหาทำได้โดยการบัญญัติให้หลักการของมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตเป็น หลักกฎหมายทั่วไป (Jus Generale) ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อให้แนวทางในการบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายของศาลต่อการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตมีแนวทางปฏิบัติและได้รับการตีความไปด้วยกันอย่างมีเอกภาพ ทั้งนี้ โดยนำหลักกฎหมายต่างประเทศมาสร้างหลักกฎหมายโดยกำหนดกระบวนการในการขอใช้มาตรการเงื่อนไขต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นประเภทคดี ฐานความผิด กรอบระยะเวลา ผู้มีอำนาจขอใช้และผู้มีอำนาจอนุมัติให้ใช้มาตรการ การทำลายข้อมูลที่ได้จากการใช้มาตรการ การจัดทำรายงานสรุปการใช้มาตรการเผยแพร่ต่อสาธารณะ ความรับผิดของเจ้าพนักงานต่อการละเมิดหลักการแห่งการใช้มาตรการ รวมทั้งการคุ้มครองบุคคลภายนอกต่อผลกระทบจากการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตต่อไป

Thesis Title	Legal Problems Relating to Internet Communication Eavesdropping
Author	Katar Rukphaen
Thesis Advisor	Assist. Prof. Dr. Kanpirom Komalarajun
Department	Law
Academic Year	2018

ABSTRACT

The objective of this thesis is to study the compulsory measures used in electronic and internet communication surveillance. The thesis focuses on the principle and appropriation of the compulsory measures and how electronic communication surveillance is used under foreign laws especially when it applies to the acquirement of evidence, right to privacy, and freedom of communication. The focus will be on how to create the balance between protection and prevention of this type of crimes, which have become more complex as a result of communication technological advancement, as well as the protection of rights and freedom of all citizens.

The study shows that in other countries there are provisions of law regarding electronic surveillance procedures in criminal procedural codes. Within the code, the procedures, conditions, and agency that may exercise its authority specifically identified. This results in the direct protection of rights and freedom of citizen from the wrongful exercise of duty objectively. In Thailand, there is still a lack of law regarding digital and electronic surveillance procedures, since there is no specific act authorizes the use of electronic (internet) surveillance.

This creates the situation where the government does not have the authority under the law to conduct surveillance. In the past, the surveillance procedures are scattered in many different acts. These acts are considered special laws and cannot be used to cover different facts in all cases. In addition, the exercise of special laws is carried out by different agencies according to different special act. Due to this fact, it is not possible to have clear interpretation of the law, procedures, conditions, and the agencies that are authorize to exercise these compulsory measures. This creates direct impact to the violation of rights, freedom, and the justice service provided.

Thus, it is suitable to provide a solution by including the principle of electronic surveillance as Jus Generale within the Criminal Procedural Act. This will create unity in court

procedures and interpretations. Foreign laws may be applied in creating the principle of laws, by specifying the process on how to receive permission to conduct the survey, conditions such as type of crimes, charges, time line, authorized agency, and authorized entity to grant permission to conduct surveillance, destroy of information obtained from the surveillance, reporting mechanism to the public, liability of the authority abusing the process, as well as protection of any third party that may be impacted from the electronic surveillance measures.

กิตติกรรมประกาศ

การจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลุล่วงได้ด้วยการอุปการะจากผู้มีพระคุณหลายท่าน ผู้เขียนขอขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ที่ได้สละเวลาอันมีค่าในการให้คำปรึกษา ให้การชี้แนะแหล่งข้อมูล ให้ข้อคิดในมุมมองที่แปลกใหม่อยู่เสมอ ตลอดจนให้แนวทางการศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์ปัญหาต่าง ๆ อันเป็นประโยชน์และมีค่ายิ่งในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ ที่กรุณาสละเวลารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดถึงการให้ข้อสังเกตและชี้แนะแนวทางในการปรับแก้วิทยานิพนธ์ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์ และท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธานี วรภัทร์ กรรมการวิทยานิพนธ์ ที่ได้กรุณาให้ข้อคิดและคำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้ถูกต้องและสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบคุณ คุณณัฐวรรณ สาระคง ในความรักความห่วงใย ให้การสนับสนุนแก่ผู้เขียนในทุกด้าน ทั้งคอยเป็นแรงกระตุ้นแรงผลักดันให้ผู้เขียนเกิดมานะ และเป็นกำลังใจที่ยิ่งใหญ่สำหรับผู้เขียน และในโอกาสนี้ขอขอบคุณอาจารย์ ดร.อารยา สุขสม ที่คอยให้คำปรึกษาและชี้แนะแนวทางในการเรียน การอ่าน การสอบ การค้นคว้าข้อมูล และการทำวิทยานิพนธ์ในระดับบัณฑิตศึกษาแก่ผู้เขียนมาโดยตลอด ขอขอบคุณคุณมิ่งขวัญ ปานจันทร์ สำหรับความรู้ความสามารถและการสนับสนุนต่อผู้เขียนทางด้านภาษาต่างประเทศ

ท้ายที่สุดนี้ขอกราบขอบพระคุณนายนพวัฒน์ รักแผน นางระนวย รักแผน พ่อและแม่ ผู้ซึ่งให้ชีวิต เป็นเข็มทิศนำทางให้กับลูก และเป็นผู้ซึ่งปรารถนาดีกับคน ๆ หนึ่งอย่างมากที่สุดเท่าที่มนุษย์จะพึงกระทำให้แก่กัน

ส่วนดีและคุณค่าของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้หากมี ขอมอบให้แก่บุพการี ครูบาอาจารย์ และผู้มีพระคุณทุกท่าน ส่วนความผิดพลาดและข้อบกพร่องใด ๆ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

คธา รักแผน

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย……... ฆ

บทคัดย่อภาษาอังกฤษ……... จ

กิตติกรรมประกาศ……... ช

บทที่

1. บทนำ…… 1

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา……..…... 1

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา……... 4

1.3 ขอบเขตของการศึกษา……..…… 5

1.4 สมมติฐานของการศึกษา……..……...……...…... 5

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา……...…….....……...……....…... 6

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ……..…..……..…... 6

2. สถานการณ์ปัจจุบันเกี่ยวกับมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต
ในประเทศไทย……..……...…….....…..…….. 8

2.1 ขั้นตอนการดำเนินคดีอาญา……...……...…. 9

2.2 มาตรการบังคับทางอาญา (Compulsory Measures)...……..……... 12

2.3 แนวความเห็นของศาลเกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานในการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญา……..…..……..... 19

2.4 ปัญหาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตในประเทศไทย……...…..... 25

3 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต…...…..……. 35

3.1 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง……..…..…….. 35

3.2 แนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) และหลักนิติธรรม (The Rule of Law) 40

สารบัญ (ต่อ)

บทที่		หน้า
	3.3 แนวคิดเรื่องการคุ้มครองบุคคลจากการดักการสื่อสารที่เป็นส่วนตัว..……..	48
	3.4 หลักการค้นหาความจริงในคดีอาญา……	59
	3.5 ทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการบังคับทาง……..……	68
4	การใช้มาตรการบังคับของเจ้าพนักงานในการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตตามกฎหมายต่างประเทศ……..……..……....…..	79
	4.1 การดักฟังการกระทำความผิดของประเทศสหรัฐอเมริกา……...…...	80
	4.2 การดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี...	90
	4.3 การดักการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส..…	109
5	แนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต……..	119
	5.1 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญอันเกิดจากการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต……..……..……...	120
	5.2 การบัญญัติให้การดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตเป็นมาตรการบังคับและการควบคุมการใช้มาตรการบังคับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา……..	123
	5.3 การกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตให้อยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา……..……..…...	126
	5.4 วิเคราะห์หลักกฎหมายว่าด้วยการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ……...……...…..	132
6.	บทสรุปและข้อเสนอแนะ……..……..……...	155
	6.1 บทสรุป……..….....	155
	6.2 ข้อเสนอแนะ……..…….....	159

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
บรรณานุกรม……...……..…	165
ภาคผนวก…...……...……..…	172
ก. บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ……..……...….	173
ข. ตารางเปรียบเทียบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากับ ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ……...….	184
ค. ตารางเปรียบเทียบมาตรการดักฟังการสื่อสารตามกฎหมายต่างประเทศ กับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2……..….	194
ง. ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมี พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (ฉบับที่ 21) เรื่อง ห้ามการดักฟังทางโทรศัพท์หรือเครื่องมือสื่อสารใด……...….	199
ประวัติผู้เขียน...……..……...……..…	201

บทที่ 1
บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สิทธิเสรีภาพของบุคคลในการติดต่อสื่อสารกันโดยชอบด้วยกฎหมาย สิทธิในเคหสถานและเสรีภาพในการตัดสินใจ เป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานส่วนบุคคลของประชาชนที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยรับรองไว้ การที่รัฐจะตรากฎหมายใดเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยจะต้องไม่ไปตัด หรือเพิกถอนสิทธิเสรีภาพเหล่านั้น หากแต่จำต้องกระทำก็ทำได้เพียงเท่าที่จำเป็น ทั้งนี้ สามารถพิจารณาได้จากการตรากฎหมายขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการเช่นว่านี้อย่างละเอียดรอบคอบทั้งในแง่รูปแบบและเนื้อหา

ในปัจจุบันเป็นยุคที่เทคโนโลยีโทรคมนาคมเข้ามามีบทบาทต่อการดำเนินชีวิตของบุคคลในสังคม ผู้สื่อสารไม่เพียงแค่ติดต่อสื่อสารกันผ่านทางโทรศัพท์เท่านั้น แต่ยังมีวิธีการติดต่อสื่อสารกันโดยอาศัยช่องทางเครือข่ายโทรคมนาคม (Telecommunication) ทางอินเทอร์เน็ตผ่านโปรแกรมหรือแอพพลิเคชั่นต่าง ๆ มากมาย เช่น Line, Whatsapp, Facebook Instant Massager ซึ่งการติดต่อสื่อสารในรูปแบบเหล่านี้ถือเป็นการสื่อสารโทรคมนาคม (Telecommunication) และเมื่อการติดต่อสื่อสารเริ่มมีรูปแบบเพิ่มมากขึ้น ก็ส่งผลให้รูปแบบการก่ออาชญากรรมมีความสลับซับซ้อนมากขึ้นด้วยเป็นเงาตามตัว มีการปรับเปลี่ยนวิธีการติดต่อสื่อสารเพื่อกระทำความผิด รวมไปถึงเปลี่ยนรูปแบบการกระทำความผิดให้มีความสลับซับซ้อนและยากต่อการตรวจสอบ ส่งผลให้การแสวงหาพยานหลักฐาน และการติดตามผู้กระทำความผิดมาลงโทษเป็นไปได้ยากยิ่งขึ้น รัฐต่างพยายามค้นหามาตรการที่มีความทันสมัยเข้ามาจัดการกับปัญหาการก่ออาชญากรรมในรูปแบบดังกล่าว ในต่างประเทศทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศในภาคพื้นยุโรปอย่างเช่นประเทศเยอรมนีก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารโทรคมนาคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตเอาไว้โดยเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อขจัดปัญหาช่องว่างทางกฎหมายในการให้อำนาจเจ้าพนักงานแสวงหา

พยานหลักฐาน ปัญหาเรื่องขอบเขตการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงาน และปัญหาการตีความการใช้กฎหมายเพื่อดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมในการกระทำความผิดที่มีอยู่เดิมให้มีเนื้อครอบคลุมถึงเรื่องที่มีความก้าวหน้าทันสมัยกว่าในอดีต เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่เดิมไม่ครอบคลุมไปถึงมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต หากแต่ในทางปฏิบัติในขั้นตอนการสอบสวนคดีอาญานั้นเจ้าพนักงานสามารถจัดการสอบสวนได้อย่างอิสระโดยที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน ซึ่งวิธีมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตดังกล่าวมีผลเป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการติดต่อสื่อสารอย่างร้ายแรง แต่ก็เป็นวิธีการที่มีความจำเป็นสำหรับใช้ในการแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิดและเพื่อให้ได้ตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ มาตรการเช่นว่านี้จึงถือเป็นเครื่องมือสำคัญที่รัฐจะนำมาใช้ดำเนินการจัดการกับการก่ออาชญากรรมทั้งในรูปแบบปกติ และในรูปแบบที่เป็นองค์กรอาชญากรรม (Organized Crime) ซึ่งเมื่อมีการกระทำความผิดในรูปแบบที่เป็นกลุ่มบุคคลเช่นนี้แล้วย่อมมีผลทำให้เกิดการเชื่อมโยงกันในการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลที่ซับซ้อน มาตรการทางกฎหมายก็จำเป็นต้องกำหนดเงื่อนไขในการใช้มาตรการไว้โดยละเอียด แน่นอนและชัดเจนเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะวัตถุประสงค์ของมาตรการ เงื่อนไขในการใช้มาตรการ ขอบเขตและวิธีการในการใช้มาตรการ เพื่อทำให้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตมีความเป็นภาวะวิสัย เกิดสมดุลในการปราบปรามการกระทำความผิดไปพร้อมกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยที่ผ่านมาประเทศไทยมีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะ (Jus speciale) ที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานในการดักฟังการกระทำความผิด และดักรับข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิด ซึ่งเราอาจเรียกโดยรวมว่ากฎหมายที่ให้อำนาจรัฐสอดแนมการติดต่อสื่อสารทางโทรคมนาคมของบุคคลในการกระทำความผิดกระจัดกระจายกันอยู่ในหลายรูปแบบปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติต่าง ๆ หลายฉบับ ดังต่อไปนี้

กฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด คือ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ.2519 บัญญัติไว้ในมาตรา 14 จัตวา, กฎหมายเกี่ยวกับการฟอกเงิน คือ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 บัญญัติไว้ในมาตรา 46, กฎหมายเกี่ยวกับการสอบสวนคดีพิเศษ คือ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 บัญญัติไว้ในมาตรา 25, ความผิดที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550, พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ.2528 มาตรา 3 และมาตรา 4, พระราชบัญญัติป้องกันและ

ปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 มาตรา 30 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556

ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการสอดแนมการติดต่อสื่อสารของบุคคลในการกระทำความผิดที่อยู่ในพระราชบัญญัติต่าง ๆ เหล่านี้จะพบว่ามีการบัญญัติหลักเกณฑ์ รวมทั้งเงื่อนไขที่แตกต่างกันเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติแต่ละฉบับ ทำให้เกิดปัญหาการกระจัดกระจายของกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงกันมีการตีความการใช้กฎหมายที่แตกต่างกัน จึงควรบัญญัติกฎหมายเพื่อรวบรวมหลักเกณฑ์และวิธีการในการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตให้เจ้าพนักงานใช้เป็นหลักเกณฑ์กลาง โดยสร้างหลักเกณฑ์ของมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตให้เป็น บทกฎหมายทั่วไป[1] (Jus generale) ย่อมจะทำให้เป็นการสร้างหลักกฎหมายให้สอดคล้องกับแนวทางสากลที่มักจะกำหนดบทบัญญัติเช่นว่านี้ไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานมีมาตรฐานเดียวกันได้ ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายกลางที่รวบรวมหลักเกณฑ์ดังกล่าวเข้าไว้ด้วยกัน

สำหรับการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการสอดแนมการติดต่อสื่อสารของบุคคลในการกระทำความผิดนั้น เห็นได้ว่าการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นหนึ่งในมาตรการในการแสวงหาตัวผู้กระทำผิดนอกเหนือจากการดักฟังการกระทำความผิด หรือดักรับข้อมูลที่ได้จากการกระทำความผิด และยังถือว่าเป็นการมาตรการในการแสวงหาพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดที่มีความซับซ้อนยิ่งขึ้นในปัจจุบัน และถือเป็น มาตรการบังคับทางอาญา[2] (Compulsory Measure) อย่างหนึ่งที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ของบุคคลในการติดต่อสื่อสาร สิทธิในเคหะสถาน และเสรีภาพในการตัดสินใจเกี่ยวกับข้อมูลของตนเอง การให้อำนาจกับเจ้าพนักงานในการใช้มาตรการดังกล่าวจึงต้องกระทำอย่างระมัดระวัง กฎหมายต้องกำหนดเงื่อนไขในการใช้มาตรการเหล่านั้นไว้อย่างรัดกุม แน่นอนและชัดเจนเกี่ยวกับวัตถุประสงค์และเงื่อนไขในการใช้มาตรการให้มากที่สุด กล่าวคือ ต้องใช้มาตรการนี้โดยให้ศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระเป็นผู้อนุมัติ มีการ

---

[1] ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง:หลักทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร:ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526), น.57-58.

[2] คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, (กรุงเทพมหานคร:วิญญชน, 2555), น.266.

กำหนดเงื่อนไขไว้ในกฎหมาย ระยะเวลาในการใช้มาตรการที่แน่นอน มีขอบเขตและวิธีการใช้มาตรการพอสมควร รวมทั้งการเพิ่มระยะเวลาก็ควรต้องมีเหตุจำเป็นที่ให้ศาลพิจารณาอนุญาตในการใช้มาตรการ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในการติดต่อสื่อสารให้ไม่ต้องถูกกระทบกระเทือนมากจนเกินไปจากการบังคับใช้กฎหมายของรัฐ และเพื่อให้การใช้บังคับมาตรการดังกล่าวกระทำไปอย่างมีภาวะวิสัย (Objectivity) โดยมีกระบวนการที่อยู่บนหลักของการตรวจสอบจากภายนอก (Accountability) โดยองค์กรศาลสามารถใช้ดุลพินิจตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานซึ่งเป็นฝ่ายบริหารได้

แม้ว่าปัจจุบันจะมีความพยายามที่จะนำเรื่องการดักฟัง และดักรับข้อมูลมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... มาตรา 131/2 ดังกล่าวก็ยังอาจไม่ครอบคลุมถึงการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิด อีกทั้งร่างฯดังกล่าวยังขาดหลักเกณฑ์ที่ดีเพียงพออันส่งผลให้เกิดปัญหาการไม่มีกฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานในการแสวงหาพยานหลักฐาน ปัญหาการใช้ดุลพินิจอย่างไม่มีขอบเขต และปัญหาการตีความการใช้กฎหมาย ซึ่งจำเป็นจะต้องศึกษาหลักการตามกฎหมายฉบับนี้เปรียบเทียบกับหลักการของกฎหมายต่างประเทศต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.เพื่อศึกษาวิเคราะห์แนวคิดและทฤษฎีเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมายรัฐธรรมนูญอันเกิดจากการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต ทฤษฎีรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หลักการเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ หลักการใช้อำนาจรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม รวมทั้งหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

2.เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีของมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต มาตรการบังคับทางอาญา และการควบคุมการใช้มาตรการบังคับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

3.เพื่อศึกษาวิเคราะห์การแก้ปัญหาการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดตามหลักเกณฑ์สากลของประเทศในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) โดยเฉพาะหลักกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ของประเทศ

สหรัฐอเมริกา กับกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติต่าง ๆ ของประเทศไทย เพื่อนำมาใช้สร้างหลักกฎหมายเรื่องการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทย

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

งานวิจัยฉบับนี้ มุ่งศึกษาถึงปัญหาอันเกิดจากบทบัญญัติของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... มาตรา 131/2 โดยศึกษาเฉพาะหลักสำคัญของหลักกฎหมายเรื่องการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตในส่วนของวิธีสบัญญัติให้เกิดเป็นหลักการทั่วไป เปรียบเทียบกับหลักการของประเทศในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความเยอรมนี รวมทั้งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส กับหลักกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ของประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้งศึกษาเปรียบเทียบกับหลักการดักฟังการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ ของประเทศไทย

1.4 สมมติฐานของการศึกษา

ปัญหาสำคัญของมาตรการดักฟังสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตซึ่งถือเป็นมาตรการบังคับทางอาญา (Compulsory Measure) ที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน เหตุผลเนื่องมาจากกฎหมายตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังและดักรับการสื่อสารโทรคมนาคมของประเทศไทย ไม่มีบทบัญญัติฉบับใดเลยที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานในการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตไว้ จึงเป็นกรณีที่ประเทศไทยไม่มีหลักกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อเท็จจริงแห่งคดี ทำให้ขาดตรวจสอบถ่วงดุลในการใช้อำนาจ อาจกล่าวได้ว่าประเด็นปัญหาอันแท้จริงก็คือ ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติอันเป็น “บทกฎหมายทั่วไป” (Jus generale) ที่จะนำมาบังคับใช้กับเหตุการณ์ที่ตรงกับบริบทของสังคมที่มีการพัฒนาการติดต่อสื่อสารอย่างรวดเร็วอย่างในปัจจุบันส่งผลให้เกิดความไม่สมดุลระหว่างการใช้อำนาจของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อย กับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เมื่อศึกษาวิจัยถึงแนวคิดและทฤษฎี รวมทั้งหลักการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม

มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตขึ้นในเรื่องการดักและบันทึกการสื่อสารโทรคมนาคมตามวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100a (StPO). เปรียบเทียบประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศในกลุ่มที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) อย่างประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีพัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมมาอย่างยาวนาน พบว่าสามารถนำหลักการว่าด้วยมาตรการบังคับทางอาญา หลักกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวข้างต้น รวมแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... มาตรา 131/2 มาสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตของประเทศไทยได้ รวมทั้งทำให้บทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นบทกฎหมายทั่วไป โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยต่อไป

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ในการศึกษาวิจัยครั้งนี้ ใช้วิธีการวิจัยโดยศึกษาวิเคราะห์จากเอกสาร (Documentary Research) อันได้แก่ ตำรากฎหมาย บทความทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ โดยจะทำการศึกษาเปรียบเทียบหลักการและเหตุผลของกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ นำมาวิเคราะห์หาข้อสรุปเพื่อแก้ปัญหาเกี่ยวกับการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตเพื่อสร้างหลักกฎหมายดังกล่าวต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.เพื่อให้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมายรัฐธรรมนูญอันเกิดจากการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต ทฤษฎีรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หลักการเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ หลักการใช้อำนาจรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม รวมทั้งหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

2.เพื่อให้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีของมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต มาตรการบังคับทางอาญา และการควบคุมการใช้มาตรการบังคับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

3.เพื่อให้ทราบถึงปัญหาการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดตามหลักเกณฑ์สากลของประเทศในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ของประเทศสหพันธ์

สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ของประเทศสหรัฐอเมริกา กับกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติของประเทศไทย เพื่อนำมาใช้สร้างหลักกฎหมายเรื่องการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทย

บทที่ 2
สถานการณ์ปัจจุบันเกี่ยวกับมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต ในประเทศไทย

ในปัจจุบันการติดต่อสื่อสารของบุคคลทำได้ง่ายขึ้นผ่านการสื่อสารโทรคมนาคม (Telecommunication) ทำให้บุคคลไม่ว่าอยู่ที่ใดก็ติดต่อสื่อสารถึงกันได้อย่างสะดวกและรวดเร็ว แต่ในอีกแง่มุมหนึ่งยิ่งการสื่อสารทำได้ง่ายขึ้นเท่าใดการก่ออาชญากรรมก็เริ่มมีความซับซ้อนมากขึ้นไปเป็นเงาตามตัว ผู้กระทำความผิดเริ่มนำคุณประโยชน์จากเทคโนโลยีการสื่อสารที่สะดวกรวดเร็วนี้มาใช้เป็นเครื่องมือในการก่ออาชญากรรม ส่งผลให้อาชญากรรมในโลกปัจจุบันนับวันยิ่งทวีความรุนแรงและส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวมเป็นวงกว้าง

การที่รัฐจะบรรลุเป้าหมายในการรักษาความสงบเรียบร้อยได้นั้น รัฐต้องคำนึงถึงการแสวงหาพยานหลักฐานใน “ขั้นตอนก่อนการพิจารณา” (Pretrial Stage) ซึ่งมีความสำคัญอย่างมากต่อระบบการดำเนินคดีอาญาที่มุ่งเน้นถึงการป้องกันและควบคุมอาชญากรรมอันเป็นวัตถุประสงค์หลัก “เป้าหมายของคดีอาญา”[3] ดังนั้น เพื่อให้การดำเนินคดีอาญาบรรลุเป้าหมายในเชิงเนื้อหา จำเป็นต้องศึกษาเสียก่อนว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ใช้อยู่นั้นมีความเป็นเสรีนิยมเพียงใด รวมทั้งต้องพิจารณาไปพร้อมกันด้วยว่ามาตรการบังคับทางอาญามีเงื่อนไขในการบังคับใช้อย่างถูกต้องและเหมาะสมมากน้อยแค่ไหน ซึ่งมาตรการบังคับทางอาญานั้นมีอยู่หลายกรณี บัญญัติไว้เพื่อเป็นเครื่องมือของรัฐในการแสวงหาพยานหลักฐาน เนื้อหาในบทนี้มุ่งที่จะวางรากฐานความเข้าใจเกี่ยวกับขั้นตอนการดำเนินคดีอาญาในภาพรวม โดยเฉพาะขั้นตอนการสอบสวนฟ้องร้องคดีอาญา หลักการและโครงสร้างการดำเนินคดีอาญา เพื่อเป็นแนวทางไปสู่ปัญหาเกี่ยวกับการใช้มาตรการบังคับทางอาญา (Compulsory Measures) ในการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตในท้ายที่สุด

---

[3] กรรภิรมย์ โกมลารชุน, “วัตถุแห่งคดีในคดีอาญาคืออะไร? What is the object of criminal proceedings?,” วารสารกระบวนการยุติธรรม, ปีที่ 7, เล่ม 2, น.1-22 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2557).

2.1 ขั้นตอนการดำเนินคดีอาญา

ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงหลักการดำเนินคดีอาญาในภาพรวมของวิธีพิจารณาความอาญา ตั้งแต่หลักการดำเนินคดีอาญา โครงสร้างของการดำเนินคดีอาญา รวมทั้งหลักการสอบสวนคดีอาญา ทั้งนี้ เพื่อเป็นการวางพื้นฐานที่สำคัญพอสังเขปในการวิเคราะห์ปัญหาตามหัวข้อที่ทำการศึกษาต่อไป

2.1.1 หลักการดำเนินคดีอาญา

หลักการดำเนินคดีอาญา[4] จะถูกนำมาใช้เพื่อวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการสอบสวนฟ้องร้องคดีอาญาของเจ้าพนักงาน เช่น เมื่อมีข้อสงสัยอันควรว่าได้มีการกระทำผิดเกิดขึ้นแล้วเจ้าพนักงานมีหน้าที่ต้องสอบสวนดำเนินคดีหรือไม่ และถ้าฟังว่ามีการกระทำผิดอาญาขึ้นจริงเจ้าพนักงานต้องฟ้องร้องคดีนั้นต่อไปเช่นไร แบ่งออกเป็น 2 ประการ คือ

(1) หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย (legality principle) กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นเจ้าพนักงานที่มีหน้าที่ต้องดำเนินการสอบสวนโดยไม่คำนึงว่าจะมีการร้องทุกข์กล่าวโทษหรือไม่ และเมื่อสอบสวนแล้วเห็นว่าผู้ต้องหากระทำผิดจริง เจ้าพนักงานมีหน้าที่ต้องฟ้องร้องคดีผู้ต้องหานั้นต่อไป

(2) หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ (opportunity principle) คือ หลักการดำเนินคดีอาญาที่ตรงข้ามกับหลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น เจ้าพนักงานอาจไม่ดำเนินการสอบสวนหรือยุติการสอบสวนได้เสมอ และเมื่อเห็นว่าผู้ต้องหากระทำความผิดจริง เจ้าพนักงานอาจไม่ฟ้องผู้ต้องหาทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเหตุผลแต่ละคดีไป[5]

สำหรับในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติบังคับให้พนักงานอัยการต้องฟ้องคดีทุกเรื่อง วิธีพิจารณาความอาญาของไทยอนุญาตให้พนักงานอัยการถอนฟ้องได้เองโดยใช้ดุลพินิจเป็นอิสระ เป็นการแสดงว่าหลักการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการของประเทศไทย คือ หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ (opportunity principle) ปัจจุบันหลักการนี้ได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยองค์กรอัยการและพนักงานอัยการถึงการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการ

---

[4] คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2555), น.419.

[5] คณิต ณ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น.420.

ไว้โดยตรง[6] ในระบบกฎหมายของไทยนั้นก่อนการสอบสวนเสร็จสิ้นพนักงานอัยการไม่อาจเป็นหลักประกันในการอำนวยความยุติธรรม เนื่องจากพนักงานอัยการไม่มีอำนาจหน้าที่สอบสวนหรือเริ่มคดีอาญาและพนักงานอัยการเกือบไม่มีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิของบุคคล แต่ในทางทฤษฎีพนักงานอัยการจะปฏิเสธความรับผิดชอบในการดำเนินคดีของตนไม่ได้โดยเด็ดขาด เหตุผลเพราะพนักงานอัยการต้องรับผิดชอบในการสอบสวนคดี 4 ประการ คือ พนักงานอัยการต้องรับผิดชอบในความถูกต้องชอบด้วยกฎหมายของการสอบสวน ระเบียบของการสอบสวน ความละเอียดรอบคอบของการสอบสวน และความเชื่อถือได้ของการสอบสวน

2.1.2 โครงสร้างการดำเนินคดีอาญา

การดำเนินคดีอาญาเป็นหน้าที่โดยตรงของรัฐ โครงสร้างของการคดีอาญาโดยทั่วไปแบ่งเป็น 4[7] ขั้นตอน คือ ขั้นตอนแรก การดำเนินคดีอาญาชั้นก่อนการฟ้อง (pretrial stage) ได้แก่ การสอบสวนของพนักงานสอบสวนและการดำเนินการของพนักงานอัยการก่อนยื่นฟ้อง หลักสากลถือว่าเป็นกระบวนการในขั้นตอนเดียวกันแม้จะกระทำโดยผู้มีหน้าที่หลายฝ่ายก็ตาม ขั้นตอนที่สอง การดำเนินคดีอาญาชั้นการประทับฟ้อง (between stage) คือ ขั้นตอนที่ศาลจะพิจารณาว่าสมควรประทับฟ้องไว้พิจารณาหรือไม่ ในชั้นนี้ศาลจะพิจารณาแต่เพียงว่าคดีมีมูลหรือไม่เท่านั้น ขั้นตอนที่สาม การดำเนินคดีอาญาชั้นการพิจารณา (trial stage) คือ เป้าหมายของการพิจารณามีเพื่อวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำและความชั่ว (Schuld) ของจำเลยว่าได้กระทำตามที่ถูกกล่าวหาในฟ้องหรือไม่ และขั้นตอนสุดท้าย การดำเนินคดีอาญาชั้นการบังคับคดี (executor stage) คือ การบังคับตามคำพิพากษาถึงที่สุดของศาล โดยออกหมายจำคุก การบังคับคดีอาญาเป็นเรื่องของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาต่างกับการบังคับโทษ (penal administration) ที่ต้องเป็นไปตามกฎหมายราชทัณฑ์

---

[6] พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ.2553 มาตรา 21 วรรคแรก บัญญัติว่า “พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายโดยสุจริตและเที่ยงธรรม”.

[7] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4*, น.433-436.

2.1.3 หลักการสอบสวนคดีอาญา[8]

การสอบสวนคดีอาญาเป็นการตรวจสอบค้นหาความจริงตาม “หลักการตรวจสอบ” (examination principle) การสอบสวนจึงเป็นการค้นหาความจริงเกี่ยวกับการกระทำของผู้ต้องหาและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวผู้ต้องหา[9] การสอบสวนคดีอาญามีหลักการสำคัญ[10] ในประการแรกคือ หลักการค้นหาความจริงตามเนื้อหา (principle of substantive truth) เจ้าพนักงานของรัฐมีหน้าที่ค้นหาความจริงในเนื้อหา กล่าวคือ เจ้าพนักงานทุกฝ่ายต้องกระตือรือร้นที่จะตรวจสอบหาความจริงแท้ของเรื่องให้ได้อย่างแน่ชัด ประการต่อมา หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพบุคคล โดยการดำเนินคดีของพนักงานสอบสวนต้องรักษาสมดุลระหว่างการคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนไปพร้อมกัน โดยการกระทำการสอบสวนอย่างมีความเป็นภาวะวิสัย (Objectivity) ประการที่สาม หลักฟังความทุกฝ่าย (principle of “audi alteram partem”) กล่าวคือ การสอบสวนจะต้องเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาแก้ข้อกล่าวหาและมีสิทธิโต้แย้งคัดค้าน เนื่องจากการดำเนินคดีอาญาในระบบกล่าวหานั้น ผู้ถูกกล่าวหาเป็น “ประธานในคดี” (procedural subject) และในประการสุดท้าย หลักการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐ ซึ่งการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานต้องอยู่ในกรอบ มีขอบเขตที่แน่ชัดและต้องกระทำตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น โดยพนักงานสอบสวนต้องใช้ดุลพินิจกระทำการต่าง ๆ โดยเคารพต่อกรอบของกฎหมาย ไม่กระทำการใดที่จะกระทบกระเทือนต่อสิทธิมากเกินสมควร ขณะเดียวกันพนักงานสอบต้องคำนึงถึงหลักประโยชน์สาธารณะไปพร้อมกันด้วย[11]

การสอบสวนคดีอาญาครอบคลุมเนื้อหา 2 ประการ[12] คือ ประการแรก การรวบรวมพยานหลักฐาน โดยต้องรวบรวมพยานหลักฐานทุกชนิดเท่าที่สามารถทำได้ทั้งที่เป็นผลร้ายและผลดี

---

[8] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (11) บัญญัติว่า “การสอบสวน หมายความถึงการรวบรวมพยานหลักฐานและการดำเนินการทั้งหลายตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ซึ่งพนักงานสอบสวนได้ทำไปเกี่ยวกับความผิดที่กล่าวหา เพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิดและเพื่อจะเอาตัวผู้ทำผิดมาฟ้องลงโทษ”.

[9] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.450.

[10] คณิต ณ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น.65-80.

[11] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง:หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2549), น.31.

[12] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.439-440.

ต่อผู้ถูกกล่าวหา และประการที่สอง การใช้มาตรการบังคับ ถือว่าการใช้มาตรการบังคับ (compulsory measures) เป็นอำนาจหน้าที่ของพนักงานสอบสวน

2.2 มาตรการบังคับทางอาญา (Compulsory Measures)

การดำเนินคดีอาญาอยู่ภายใต้หลักการที่เรียกว่า หลักการตรวจสอบ (Examination Principle) โดยที่เจ้าพนักงานและศาลต่างมีหน้าที่จะต้องตรวจสอบค้นหาความจริงในเรื่องที่กล่าวหา ทั้งนี้ เจ้าพนักงานและศาลมีอำนาจในการตรวจสอบค้นหาความจริงได้โดยปราศจากข้อผูกมัดใด ๆ แต่จะต้องกระทำการแสวงหาพยานหลักฐานโดยชอบด้วยกฎหมาย[13] โดยการตรวจสอบค้นหาความจริงในชั้นเจ้าพนักงานนั้นก็คือ การสอบสวน ซึ่งมีเนื้อหาสำคัญสองประการด้วยกัน กล่าวคือ การรวบรวมพยานหลักฐาน และการใช้มาตรการบังคับทางอาญา

การดำเนินคดีอาญาของเจ้าพนักงานและศาลนั้นกระทำเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมซึ่งอาจจำเป็นต้องใช้มาตรการบังคับ (Compulsory Measure) ซึ่งมาตรการบังคับในวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ได้แก่ การจับ การค้น การควบคุม การขัง และการนำตัว โดยมาตรการบังคับดังกล่าวล้วนแต่เป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทั้งสิ้น จึงจำเป็นต้องควบคุมการใช้มาตรการบังคับเหล่านี้ เหตุผลก็เนื่องมาจากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่เป็นเพียงกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการดำเนินคดีอาญาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยเท่านั้น แต่ยังเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไปพร้อมกันอีกด้วย เพราะสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่ง รัฐจึงมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองเนื่องจากโดยหลักแล้วต้องสันนิษฐานว่าผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญายังเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำผิดตามหลัก Presumption of Innocence ดังนั้น ในระหว่างที่ศาลยังไม่มีคำพิพากษา รัฐต้องยอมรับว่าบุคคลผู้ถูกกล่าวหาเป็น ผู้ทรงสิทธิ เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป ต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากนักโทษเด็ดขาด แต่ทั้งก็มิได้หมายความว่ารัฐจะดำเนินการอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้เลย หากแต่จะต้องก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด และจะต้องมีการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจหน้าที่ด้วย ทั้งนี้การควบคุมการใช้อำนาจตามมาตรการบังคับทางอาญานั้นย่อมกระทำได้โดยการตรวจสอบภายนอก (accountability)โดยองค์กรภายนอกกระบวนการสอบสวน ซึ่งก็ได้แก่ องค์กรศาล โดยถือว่า

---

[13] คณิต ณ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น.207.

การให้องค์กรภายนอกตรวจสอบการใช้บังคับกฎหมายนี้เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคล เพื่อคุ้มครองพิทักษ์สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลไม่ให้ถูกล่วงละเมิดมากเสียจนเป็นการลิดรอนเข้าไปถึงเนื้อหาแห่งสิทธิเสรีภาพนั้น

วิธีพิจารณาความคดีอาญาที่ดี[14] นั้นสะท้อนออกมาจากการใช้มาตรการบังคับต่าง ๆ ในการดำเนินคดีอาญาจะต้องคำนึงถึงหลักนิติรัฐ (principle of legal state) โดยประการแรกจะต้องพิจาณาถึงความเป็นเสรีนิยม โดยต้องพิจารณาจากความยากง่ายของการออกมาตรการบังคับทางอาญา หรือดูจากเงื่อนไขของการออกหมายอาญาต่าง ๆ ประการต่อมาต้องพิจารณาถึงกระบวนการของวิธีพิจารณาความอาญานั้นต้องมีลักษณะของความเป็นประชาธิปไตย คือ ต้องกระทำโดยเปิดเผยอันแสดงถึงความโปร่งใสอันเป็นหลักการสำคัญของประชาธิปไตย และประการสุดท้าย วิธีพิจารณาความอาญานั้นต้องมีลักษณะเป็นการกระทำเพื่อสังคม คือมีลักษณะที่เปิดโอกาสให้บุคคลที่เข้าสู่กระบวนการทางอาญาสามารถกลับเข้าสู่สังคมได้อีกครั้ง

วัตถุประสงค์ในการใช้มาตรการบังคับทางอาญา (Compulsory Measures) มีขึ้นเพื่อประกันการดำเนินคดีอาญาชั้นกำหนดคดี[15] (Verification Stage) และการดำเนินคดีอาญาชั้นบังคับคดี[16] (Exection Stage) เนื่องจากการดำเนินคดีอาญานั้นเจ้าหน้าที่ต้องใช้มาตรการบังคับเพื่อให้ได้ตัวผู้ต้องสงสัย หรือได้ตัวจำเลยไว้ในอำนาจเพื่อประโยชน์ในการสอบสวน หรือเพื่อประโยชน์ในการบังคับโทษ อีกทั้งยังต้องใช้มาตรการบังคับอื่น ๆ เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานที่จะใช้ในการพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของผู้ต้องหาหรือจำเลย เราจะพบว่าในขั้นตอนของการดำเนินคดีอาญาเหล่านี้ย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมหรือการค้นตัวบุคคลหรือการค้นเคหสถานย่อมละเมิดต่อเสรีภาพส่วนบุคคลในการเคลื่อนไหวร่างกาย สิทธิในการอยู่อาศัยในเคหสถาน การดักฟังเสียงหรือภาพย่อมละเมิดสิทธิในการอยู่อาศัยและสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right of Privacy) การดักรับข้อมูลย่อมเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารต่าง ๆ ของบุคคลไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดหรือไม่ก็ตาม

---

[14] คณิต ณ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น.46-47.

[15] คณิต ณ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น.42.

[16] คณิต ณ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น.42.

2.2.1 มาตรการบังคับในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ดีจะต้องมีความเป็นเสรีนิยมโดยการจะเป็นวิธีพิจารณาความอาญาที่เป็นเสรีนิยมหรือไม่ต้องพิจารณาจากเงื่อนไขของการใช้มาตรการบังคับของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่ามีความถูกต้องและเหมาะสมเพียงใด การใช้มาตรการบังคับทางอาญาส่งผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลอย่างมาก ดังนั้น เพื่อเป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลได้รับการพิจารณากลั่นกรองการใช้ดุลพินิจด้วยองค์กรภายนอกที่อยู่นอกเหนือองค์กรของฝ่ายบริหาร หรือที่เราเรียกว่า การตรวจสอบภายนอก (Accountability) การใช้มาตรการบังคับจึงกระทำได้ต่อเมื่อมีคำสั่งศาลหรือมีหมายศาลเท่านั้น

ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดมาตรการบังคับไว้ในเรื่องหมายอาญา[17] มี 5 ชนิด ได้แก่ หมายจับ หมายขัง หมายจำคุก หมายปล่อย และหมายค้น โดยทั่วไปการใช้มาตรการบังคับต้องได้รับอนุญาตจากศาลหรือผู้พิพากษา กล่าวคือ ศาลเท่านั้นที่มีอำนาจออกหมายอาญาได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหมายจับ และหมายค้น ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยหมายจับและหมายค้นเป็นการถาวรเมื่อปี 2547[18] ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 58 ซึ่งบัญญัติว่า “ศาลมีอำนาจออกคำสั่งหรือหมายอาญาได้ภายในเขตอำนาจตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในข้อบังคับประธานศาลฎีกา[19]”

2.2.2 มาตรการบังคับในกฎหมายพิเศษอื่น ๆ

กฎหมายรัฐธรรมนูญ มาตรา 36 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันไม่ว่าในทางใด ๆ การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน รวมทั้งการกระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อให้ล่วงรู้หรือได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ”[20] กล่าวคือ การดักรับข้อมูลหรือการดักฟัง รวมถึงการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต หากหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าพนักงานของรัฐ หรือแม้แต่โดยบุคคลทั่วไป จะกระทำการดังกล่าวโดยไม่ได้รับความยินยอมไม่ได้ อย่างไรก็ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญกำหนดข้อยกเว้นไว้ว่า ให้กระทำการดังกล่าวได้หากมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ซึ่งใน

---

[17] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (9).

[18] พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2547.

[19] ข้อบังคับประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการออกคำสั่งหรือหมายอาญา พ.ศ.2548 ข้อ 8.

[20] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 36.

ปัจจุบันมีกฎหมายหลายฉบับที่ให้อำนาจเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ โดยกฎหมายที่บัญญัติถึงมาตรการบังคับมีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะ (jus speciale) มีวัตถุประสงค์แตกต่างกันไปตามแต่เจตนารมณ์ เงื่อนไขและความมุ่งหมายที่จะบังคับใช้กับการกระทำตามฐานความผิดที่บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับนั้น ๆ ดังต่อไปนี้

(1) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ.2519 มาตรา 14 จัตวา กำหนดหลักสำคัญให้อำนาจเจ้าพนักงานกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารที่ถูกใช้ หรืออาจถูกใช้เพื่อประโยชน์ในการกระทำ**ความผิดอันเกี่ยวกับยาเสพติดเท่านั้น** โดยเจ้าพนักงานซึ่งได้รับอนุมัติจากเลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด หรือ ป.ป.ส. เป็นหนังสือให้มีการดักฟังแล้ว จะยื่นคำร้องต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา เพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้ดักฟังได้ คราวละไม่เกิน 90 วัน เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสาร หรือเอกสาร ที่ส่งทางช่องทางการสื่อสารทุกรูปแบบ โดยการที่เจ้าพนักงานจะขออนุมัติได้ต้องมีพฤติการณ์เกี่ยวกับการผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย หรือครอบครองเพื่อจำหน่ายตามบทสันนิษฐานเด็ดขาดของกฎหมาย

(2) พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ.2562[21] มาตรา 5 ประกอบมาตรา 6 วรรคสอง ของพระราชบัญญัตินี้เจ้าพนักงานที่มีอำนาจเก็บข้อมูลการสื่อสารของบุคคลโดยการดักรับข้อมูลแต่จำกัดเฉพาะ**ข้อมูลหรือเอกสารที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งชาติ** และการดักรับข้อมูลดังกล่าวต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เกี่ยวกับข่าวกรองด้านความมั่นคงแห่งชาติ ซึ่งกฎหมายนี้ได้มีการแก้ไขใหม่โดยกำหนดว่า ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องได้มาซึ่งข้อมูลหรือเอกสารอันเกี่ยวกับการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง การข่าวกรองทางการสื่อสาร หรือการรักษาความปลอดภัยฝ่ายพลเรือน สำนักข่าวกรองแห่งชาติอาจดำเนินการด้วยวิธีการใด ๆ รวมทั้งอาจใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ เครื่องมือทาง

---

[21] พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ.2562 มาตรา 4 นิยามศัพท์ บัญญัติว่า “การข่าวกรองทางการสื่อสาร” ไว้ว่า “การใช้เทคนิคและการดำเนินกรรมวิธีทางเทคโนโลยีและเครื่องมือสื่อสาร เพื่อให้ได้มาซึ่งข่าวเกี่ยวกับการเคลื่อนไหวในการข่าวกรองและการต่อต้านข่าวกรอง”. และ

มาตรา 5 บัญญัติว่า “กำหนดให้มีสำนักข่าวกรองแห่งชาติ มีอำนาจและหน้าที่ ดังต่อไปนี้...(1) ปฏิบัติงานเกี่ยวกับการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง การข่าวกรองทางการสื่อสาร และการรักษาความปลอดภัยฝ่ายพลเรือน”.

มาตรา 6 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องได้มาซึ่งข้อมูลหรือเอกสารอันเกี่ยวกับการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง การข่าวกรองทางการสื่อสาร หรือการรักษาความปลอดภัยฝ่ายพลเรือน สำนักข่าวกรองแห่งชาติอาจดำเนินการด้วยวิธีการใด ๆ รวมทั้งอาจใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ เครื่องมือทางวิทยาศาสตร์ เครื่องโทรคมนาคม หรือเทคโนโลยีอื่นใด เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือเอกสารดังกล่าวได้...”.

วิทยาศาสตร์ เครื่องโทรคมนาคม หรือเทคโนโลยีอื่นใด เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือเอกสารดังกล่าวได้ โดยไม่มีการกำหนดฐานความผิดไว้เป็นการแน่ชัด ซึ่งกรณีเช่นนี้วัตถุประสงค์ที่สำคัญของกฎหมายจะต้องเป็นไปเพื่อรักษาความมั่นคงแห่งชาติเท่านั้น ไม่อาจดักฟังหรือดักรับข้อมูลเพื่อการสืบสวนสอบสวนความผิดตามกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งเป็นกรณีทั่วไปได้

(3) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 มาตรา 46 ให้เจ้าหน้าที่ซึ่งเลขาธิการ ป.ป.ง. มอบหมายเป็นหนังสือยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลแพ่ง เพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้ได้มาซึ่ง**ข้อมูลเกี่ยวกับบัญชีลูกค้าสถาบันการเงิน** เครื่องมืออุปกรณ์สื่อสาร เครื่องคอมพิวเตอร์ที่ใช้หรืออาจถูกใช้ในการฟอกเงิน โดยศาลอนุญาตได้คราวละไม่เกิน 90 วัน

(4) พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 25 ให้อำนาจพนักงานสอบสวนคดีพิเศษในการดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารที่ถูกใช้หรืออาจถูกใช้เพื่อประโยชน์ในการกระทำ**ความผิดที่เป็นคดีพิเศษเท่านั้น** โดยพนักงานสอบสวนคดีพิเศษซึ่งได้รับอนุมัติจากอธิบดีเป็นหนังสือยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา เพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้ใช้มาตรการให้ได้มาซึ่ง เอกสาร หรือข้อมูลข่าวสารอื่นใดซึ่งส่งทางโทรศัพท์ คอมพิวเตอร์ เครื่องมือในการสื่อสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อเทคโนโลยีสารสนเทศใด อันเกี่ยวด้วยคดีพิเศษ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนหรือเป็นพยานหลักฐานในคดีพิเศษ

(5) พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 หากมีเหตุอันควรเชื่อว่ามีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหลายประการ เช่น มีหนังสือเรียกบุคคลที่กระทำผิดมาให้ถ้อยคำ ส่งคำชี้แจงเป็นหนังสือ ส่งเอกสาร ข้อมูล ทั้งนี้มีอำนาจเฉพาะที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการใช้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับความผิดและการหาตัวผู้กระทำความผิด กล่าวคือ กรณีเป็น**ความผิดเกี่ยวกับการใช้คอมพิวเตอร์**เป็นเครื่องมือ หรือมีคอมพิวเตอร์เป็นเป้าหมาย เจ้าหน้าที่มีอำนาจใช้มาตรการเข้าถึงข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์ไม่ว่าจะเป็นการดักรับข้อมูล การตรวจค้นข้อมูล หรือการตรวจสอบข้อมูลผ่านจดหมายอิเล็กทรอนิกส์

(6) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 มาตรา 30 ให้เจ้าพนักงานที่ได้รับอนุมัติจาก ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ หรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี ยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลอาญา หรือศาลจังหวัดที่มีเขตอำนาจ เพื่อมีคำสั่งให้

เข้าถึงข้อมูลข่าวสาร ได้คราวละไม่เกิน 90 วัน โดยบรรดาเอกสารข้อมูลข่าวสารที่ได้มาดังกล่าวให้เก็บรักษาและใช้ประโยชน์ในการสืบสวนและใช้เป็นพยานหลักฐานใน**การดำเนินคดีค้ามนุษย์เท่านั้น**

(7) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556[22] ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจเพื่อให้ได้มาซึ่งเอกสารหรือข้อมูลข่าวสารซึ่งส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ โทรสาร คอมพิวเตอร์ เครื่องมือ หรืออุปกรณ์สื่อสารฯ **โดยจำกัดเฉพาะการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติเท่านั้น**

หลักการของพระราชบัญญัติต่าง ๆ ซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายพิเศษที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ใช้มาตรการบังคับทางอาญาเหล่านี้ จะพบว่ามีข้อจำกัดในการใช้มาตรการบังคับซึ่งเป็นเพราะเหตุที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณีนั้นไม่ครบองค์ประกอบความผิด หรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไม่ครบเงื่อนไขตามที่พระราชบัญญัติเหล่านี้กำหนดไว้ อีกทั้งการจะใช้มาตรการบังคับตามกฎหมายแต่ละฉบับได้นั้น ความผิดจะต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายฉบับนั้น ๆ มุ่งคุ้มครองเป็นกรณีเฉพาะเท่านั้น และกำหนดอำนาจการใช้มาตรการบังคับให้แก่เจ้าพนักงานตามกฎหมายอีกด้วย ผลคือเจ้าพนักงานตามกฎหมายพิเศษนี้ไม่สามารถใช้มาตรการบังคับเพื่อสืบสวนสอบสวนในกรณีที่เกิดขึ้นนอกเหนือจากอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายเฉพาะที่ตนเองมีหน้าที่รับผิดชอบ หรือหาพยานหลักฐานเพื่อป้องกันการกระทำความผิด และนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ อีกทั้งเมื่อพิจารณากฎหมายพิเศษเหล่านี้แล้วจะพบว่าเนื่องจากพระราชบัญญัติต่าง ๆ ได้บัญญัติถึงหลักการดักฟังหรือดักรับข้อมูลหรือเนื้อหาของการสื่อสารไว้เป็นระยะเวลานานแล้ว ดังนั้น บทบัญญัติเหล่านี้จึงไม่ได้ครอบคลุมถึงหลักการการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นหลักการใหม่ไว้แต่อย่างใด อีกทั้งกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับมาตรการเช่นว่านี้ของประเทศไทยมีลักษณะกระจัดกระจาย กล่าวคือ หลักกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานดักฟังโดยต้องขออนุญาตต่อศาลนั้น กำหนดไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดบางประเภทเป็นรายฉบับไป ไม่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับหลักซึ่งเป็น บทกฎหมายทั่วไป ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาดังเช่นหลักการเดียวกันนี้ในกฎหมายต่างประเทศ

---

[22] พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 มาตรา 17.

2.2.3 มาตรการบังคับตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. .... มาตรา 131/2

สำนักงานตำรวจแห่งชาติยกร่างกฎหมายดังกล่าวเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2[23] ทั้งสิ้นห้าวรรค โดยมีเนื้อหาและรายละเอียด ดังนี้

ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งการสืบสวนสอบสวน**คดีความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ ความผิดที่มีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรม** หรือ**ที่ยุ่งยากซับซ้อน** พนักงานสอบสวนโดยอนุมัติของผู้บังคับการซึ่งเป็นหัวหน้าของพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ อาจยื่น<u>คำร้องขอ</u>ต่ออธิบดีผู้พิพากษาหรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาล เพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลอิเล็คทรอนิคส์ หรือข้อมูลข่าวสารใด ๆ เช่น การตรวจสอบหรือดักรับข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลการติดต่อสื่อสาร หรือข้อมูลทางการเงินของบุคคลที่**น่าจะเกี่ยวกับการกระทำความผิด**นั้นได้”

ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “คำร้องดังกล่าว ต้องระบุเหตุผลและความจำเป็นในการยื่นคำร้อง รายละเอียดเกี่ยวกับประเภทและลักษณะของข้อมูลที่ต้องการ วิธีการที่ใช้ในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลน้อยที่สุด รวมทั้งระยะเวลาที่จำเป็นต้องใช้ในการดำเนินการ”

ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2 วรรคสาม บัญญัติว่า “หากศาลพิจารณาเห็นว่า คำร้องดังกล่าวมีพยานหลักฐานตามสมควรอันน่าเชื่อว่าจะทำให้ได้มาซึ่งข้อมูลอันเป็นประโยชน์ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดนั้นและไม่สามารถรวบรวมพยานหลักฐานได้โดยวิธีการตามปกติเพราะอาจก่อให้เกิดอันตรายอย่างยิ่งต่อเจ้าหน้าที่รัฐ เมื่อคำนึงถึงผลกระทบของการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลนั้นด้วยแล้ว ให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้เข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลดังกล่าวเป็นคราว ๆ ละไม่เกินสิบห้าวัน ในกรณีมีเหตุอันสมควรอาจขยายได้อีก แต่รวมแล้วต้องไม่เกินเก้าสิบวัน โดยศาลอาจกำหนดเงื่อนไขใด ๆ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งเพื่อให้มีการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลเท่าที่จำเป็น รวมทั้งการกำหนดมาตรการเพื่อบรรเทาผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลจากการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลนั้นได้”

---

[23] **โปรดดู** ภาคผนวก ก. ประกอบ.

ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2 วรรคสี่ บัญญัติว่า “ให้ผู้ร้องขอรายงานการดำเนินการต่อศาลทุกสิบห้าวัน”

และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2 วรรคท้าย “คำสั่งอนุญาตของศาลย่อมมีผลบังคับให้บุคคลที่ครอบครองหรือดูแลข้อมูลนั้นต้องให้ความร่วมมือในการปฏิบัติตามคำสั่งศาลด้วย”

2.3 แนวความเห็นของศาลเกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานในการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญา

การแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิดนั้นมีวิวัฒนาการของการมายาวนานตั้งแต่อดีต เรียกได้ว่าการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาเกิดขึ้นพร้อมกับการกระทำความผิดอาญาก็ได้ ในต่างประเทศนั้นรูปแบบการแสวงหาพยานหลักฐานมีความแตกต่างกันไปตามแต่ระบบกฎหมายที่ใช้ในแต่ละประเทศ ซึ่งระบบกฎหมายที่เป็นสากลนั้นมีอยู่ด้วยกัน 2 ระบบ ได้แก่ ระบบคอมมอนลอว์หรือระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Commn Law) และระบบซีวิลลอว์หรือระบบกฎหมายลายลักษณอักษร (Civil Law) ทั้งสองระบบนี้มีวิธีการเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน การพิจารณาคดี และการสืบพยานที่แตกต่างกัน แบ่งออกเป็นสองระบบด้วยกัน คือระบบกล่าวหา (Accusatory System) ซึ่งเป็นระบบที่ใช้กับระบบคอมมอนลอว์ และระบบไต่สวน (Inquistorial System) ซึ่งใช้กับระบบซีวิลลอว์ กล่าวคือ

การแสวงหาพยานหลักฐานในระบบกล่าวหา (Accusatory System) มีต้นกำเนิดจากประเทศอังกฤษ และยังใช้ในอีกหลายประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย เป็นต้น โดยระบบกล่าวหานั้นจะมีความเข้มงวดในวิธีการและขั้นตอนในการสืบพยาน ผู้พิพากษาหรือศาลจะวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัด การพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่าง ๆ เป็นหน้าที่ของคู่ความที่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยใช้การถามค้าน (Cross-examination) ในการพิสูจน์ความจริงเพื่อทำให้ศาลหรือลูกขุนเชื่อพยานหลักฐานของฝ่ายตนและขณะเดียวกันเพื่อหักล้างพยานหลักฐานของฝ่ายตรงข้าม ระบบนี้แม้ศาลจะมีอำนาจเรียกพยานมาสืบก็ตาม แต่ศาลก็จะจำกัดบทบาทตัวเองโดยจะกระทำเฉพาะ

เมื่อมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์ต่อความยุติธรรมเท่านั้น ซึ่งในทางปฏิบัติพบว่ามีเกิดขึ้นน้อยมากหรือแทบไม่มีเลย[24]

ระบบไต่สวน (Inquistorial System) เป็นระบบแสวงหาพยานหลักฐานในประเภทภาคพื้นยุโรปหรือประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ ได้แก่ ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น โดยระบบไต่สวนจะมุ่งค้นหาความจริงเป็นสำคัญ ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาต่างร่วมกันค้นหาความจริงแท้เพื่อพิสูจน์ความผิด หรือบริสุทธิ์ของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดี ระบบนี้ถือว่าศาลมีบทบาทสำคัญในการค้นหาความจริง (Active) ต่อการรวบรวมพยานหลักฐานมากกว่าศาลในประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา โดยในปัจจุบันจะพบว่าความแตกต่างของ 2 ระบบนี้ได้ถูกลดทอนลงมาก เนื่องจากได้มีการปรับปรุงระบบการพิจารณาโดยดึงส่วนดีของอีกระบบมาใช้จนทำให้ทั้งสองระบบนี้มีลักษณะที่ใกล้เคียงกันเป็นส่วนใหญ่ ทั้งนี้ก็เพื่อลบจุดอ่อนในระบบของตนเอง[25]

การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาโดยใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ คือ การดำเนินการเพื่อให้ล่วงรู้ข้อมูลของบุคคล โดยใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลที่ส่งทางอินเทอร์เน็ต โทรสาร โทรศัพท์ โทรพิมพ์ หรือการลักลอบดักฟังคลื่นที่ส่งไปในอากาศ การเข้าถึงข้อมูลที่ถูกเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสาร[26]

เนื่องจากปัจจุบันเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารมีความเจริญก้าวหน้าเป็นอย่างมาก ระยะทางไม่มีอุปสรรคต่อการสื่อสารอีกต่อไปซึ่งกรณีดังกล่าวถือเป็นประโยชน์ที่สังคมได้จากเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสาร แต่ในอีกทางหนึ่งสังคมยังต้องเผชิญกับปัญหาการก่ออาชญากรรมในรูปแบบและวิธีการที่แยบยล ซับซ้อนเพิ่มมากขึ้นเป็นเงาตามตัว กล่าวคือ มีการนำเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นการติดต่อสื่อสาร การวางแผนทางโทรศัพท์ โทรสาร และที่สำคัญคือทางระบบอินเทอร์เน็ต ผ่านทางคอมพิวเตอร์ และโทรศัพท์เคลื่อนที่ส่งผลให้การแสวงหาพยานหลักฐานในการดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำผิด หรือแม้แต่การรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อป้องกันการกระทำความผิดมีความยากลำบากเพิ่มมากขึ้น ดังนั้นการแสวงหา

---

[24] พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, (กรุงเทพมหานคร:สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552), น.5.

[25] โสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, (กรุงเทพมหานคร:นิติบรรณการ, 2545), น.4.

[26] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อำนาจรัฐกับการดักฟังทางโทรศัพท์ รวมบทความและสาระน่ารู้เกี่ยวกับมาตรการในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร, (กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์คุรุสภา, 2543), น.70.

พยานหลักฐานในคดีอาญาโดยใช้เครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์จึงเป็นวิธีการพิเศษที่กระบวนการยุติธรรมสร้างขึ้นเพื่อการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับพยานหลักฐานของบุคคลหรือองค์กรอาชญากรรม (Organized Crime) ที่ต้องสงสัยว่ากระทำความผิด เพื่อให้รัฐสามารถนำข้อมูลมาใช้เพื่อป้องกันการกระทำความผิด รวมทั้งใช้ในการวางแผนสืบสวน สอบสวน และใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของจำเลยในชั้นศาลอีกด้วย

รูปแบบของการแสวงหาพยานหลักฐานในปัจจุบันนั้นมีวิวัฒนาการเพิ่มมากขึ้น โดยวิธีการเหล่านี้มีใช้กันอยู่ในต่างประเทศอย่างแพร่หลาย และค่อนข้างมีประสิทธิภาพ เช่น การใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ติดตามการเคลื่อนที่ของสิ่งของ หรือยานพาหนะ (Controlled Delivery) ,การใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ในการถ่ายภาพจากดาวเทียม ,การใช้เครื่องดักรับสัญญาณเสียงโดยการติดตั้งกับเจ้าหน้าที่แฝงตัว (สายลับ) ,การใช้เครื่องดักรับสัญญาณเสียงโดยการติดตั้งในบ้านหรือยานพาหนะ ,การใช้เครื่องดักฟังทางโทรศัพท์ ซึ่งกรณีนี้เป็นวิธีที่ใช้กันแพร่หลายและมีกฎหมายหลายฉบับของประเทศไทยโดยมีข้อจำกัดการใช้ดังที่กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 2.2.2 และ 2.2.3 ,การใช้เครื่องดักรับสัญญาณเสียงระยะไกล (เครื่องดูดเสียง) หรือการใช้เครื่องรับสัญญาณเสียงประเภทที่ผ่านตัวกลาง (กำแพง หรือผนัง) และวิธีการที่มีความสำคัญกับสถานการณ์เกี่ยวกับการใช้พฤติกรรมของสังคมในปัจจุบันที่หันมาใช้คอมพิวเตอร์และติดต่อสื่อสารกันทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ การดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต หรือการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารผ่านระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ประเภทหนึ่ง ทำให้เจ้าพนักงานของรัฐสามารถเข้าถึงเนื้อหาข้อมูลต่าง ๆ ที่บุคคลสื่อสารกัน โดยใช้วิธีดักฟัง หรือลอบฟัง หรือเข้าถึงข้อมูลนั้นอีกด้วย

เมื่อกล่าวถึงสภาพปัญญาการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาโดยใช้วิธีการพิเศษเช่นนี้แล้ว สิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือ การใช้มาตรการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารหรือการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตของรัฐนั้นย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลผู้เกี่ยวข้องที่สำคัญ คือสิทธิในกิจการส่วนตัว หรือเรียกว่าสิทธิความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสาร ย่อมถูกกระทบอย่างรุนแรง ซึ่งสิทธินี้ได้รับการยอมรับในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 ขององค์การสหประชาชาติ ข้อ 12 (Universal Declaration of Human Right 1948) กำหนดว่า บุคคลใด ๆ จะถูกแทรกแซงโดยพลการในความเป็นส่วนตัวในครอบครัว ในเคหสถาน หรือในการสื่อสารไม่ได้ ทุกคน

มีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายต่อการแทรกแซงเหล่านั้น แม้การรับรองสิทธิมนุษยชนนี้จะเป็นเพียงสิทธิขึ้นมูลฐานและมิใช่บ่อเกิดแห่งสิทธิก็ตาม แต่ย่อมคุ้มครองบุคคลทุกประเภทเช่นกัน[27]

ในประเทศไทยมีกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารโดยบัญญัติเป็นหลักการตามกฎหมายรัฐธรรมนูญว่า "บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันไม่ว่าในทางใด ๆ การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน รวมทั้งการกระทำ ด้วยประการใด ๆ เพื่อให้ล่วงรู้หรือได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันจะกระทำมิได้เว้นแต่มีคำสั่ง หรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ"[28] การใช้มาตรการเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารหรือการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตของรัฐนั้นย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพนี้โดยตรง นอกจากสิทธิเสรีภาพของบุคคลจะได้รับการรับรองโดยกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีกฎหมายลำดับรองที่รับรองสิทธินี้ไว้หลายฉบับซึ่งได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น

ในส่วนของความเห็นของฝ่ายตุลาการเกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานในการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญา จากแนวคิดว่าด้วยการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของไทย มีความเห็นทางตำราเป็น 2 ฝ่าย

โดย**ฝ่ายแรก**เห็นว่า การแสวงหาพยานหลักฐานเป็นเรื่องของนโยบายรัฐ ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามรับฟังพยานหลักฐานใดแล้ว หากพยานหลักฐานนั้นเกี่ยวกับประเด็นแห่งคดี ศาลสามารถรับฟังพยานหลักฐานนั้นในการพิจารณาคดีได้ แนวคิดนี้สอดคล้องกับแนวคิดการควบคุมและปราบปรามอาชญากรรม (Crime Control Model) ซึ่งให้ความสำคัญกับการควบคุมอาชญากรรมมากกว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ดังนั้นหากมีการกระทำใดที่ผิดกฎหมายเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน ก็เป็นหน้าที่ของผู้ได้รับความเสียหายที่จะไปว่ากล่าวกันเอง

ความเห็น**ฝ่ายที่สอง**เห็นว่า ศาลต้องปฏิเสธไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) ถือว่าหลักคือต้องห้ามรับฟังพยานหลักฐานนั้น ความเห็นนี้สอดคล้องกับแนวคิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล (Due Process Model) มากกว่าการควบคุมอาชญากรรม หากการ

---

[27] อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, สิทธิมนุษยชนและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทย์การพิมพ์, 2529), น.12.

[28] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 36.

ได้มาซึ่งพยานหลักฐานนั้นเกิดจากการกระทำที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคล แม้ว่าพยานหลักฐานนั้นจะสามารถพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้ศาลก็ต้องห้ามรับฟังพยานหลักฐานนั้นก็ตาม

บทบัญญัติเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานของไทย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้แก่ มาตรา 226[29] เป็นบทบัญญัติวางหลักห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบโดยเด็ดขาด ถือเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอย่างเคร่งครัด โดยไม่มีข้อยกเว้นให้ศาลใช้ดุลพินิจ ต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ.2551 เรื่องหลักการห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ในมาตรา 226/1[30] ผ่อนคลายบทตัดพยานโดยเด็ดขาดตามหลักการเดิม เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรานี้มีข้อยกเว้นให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานได้ในวรรคแรกตอนท้าย “การรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน” โดยต้องใช้ดุลพินิจประกอบกับองค์ประกอบตามอนุมาตราต่าง ๆ ในวรรคสอง

แนวคำพิพากษาเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ซึ่งมีหลักห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบโดยเด็ดขาด ประเด็นที่ศาลไทยตัดสินเกี่ยวกับเรื่องการลักลอบบันทึกบทสนทนาโดยเจ้าหน้าที่

---

[29] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 บัญญัติว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มิได้เกิดขึ้นจากการจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ขู่เข็ญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น และให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน”.

[30] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/1 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ความปรากฏแก่ศาลว่าพยานหลักฐานใดเป็น พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หรือเป็นพยานหลักฐานที่ ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานนั้น เว้นแต่การรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมมากกว่าผลเสียอันเกิดจาก ผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน

ในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลพิจารณาถึงพฤติการณ์ ทั้งปวงแห่งคดีโดยต้องคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ด้วย

(1) คุณค่าในเชิงพิสูจน์ความสำคัญ และความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น

(2) พฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี

(3) ลักษณะและความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบ

(4) ผู้ที่กระทำการโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้นได้รับการลงโทษ หรือไม่เพียงใด”.

แบ่งเป็นการบันทึกการสนทนาตามบทบัญญัติของกฎหมาย และการบันทึกการสนทนาโดยไม่มีกฎหมายรับรองไว้ให้กระทำได้ ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายที่กำหนดให้เจ้าพนักงานของรัฐมีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายในการดักรับข้อมูลอยู่จำนวน 7 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ.2519 พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ.2528 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 โดยวัตถุประสงค์ของกฎหมายจะมีความแตกต่างกันในการให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐในการดักรับข้อมูล เพื่อเป็นเครื่องมือให้รัฐสามารถป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยถือว่าหากเจ้าพนักงานปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมายเฉพาะเหล่านี้อย่างเคร่งครัดแล้ว ข้อความที่ได้จากการบันทึกการสนทนาเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้น และได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ในทางตรงข้ามหากเจ้าพนักงานใช้อำนาจเกินวัตถุประสงค์ของกฎหมายให้อำนาจไว้ พยานหลักฐานที่ได้มาถือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายห้ามมิให้รับฟัง

แนวคำวินิจฉัยของศาลไทยเรื่องการลักลอบบันทึกการสนทนาโดยมีเจตนาหลอกให้เกิดการสนทนาขึ้นและแอบบันทึกเสียงการสนทนาไว้ ได้แก่

คำพิพากษาฎีกาที่ 2414/2551 ศาลตัดสินว่า การที่ตำรวจแอบบันทึกเสียงและภาพการสนทนาไว้ โดยมีพฤติการณ์ร่วมกับจำเลยซึ่งต่อมาอ้างตนเองเป็นพยานหลังจากเหตุการณ์เพียง 1 วัน เนื่องจากจำเลยต้องการหาหลักฐานถึงเอกสารซึ่งตนได้ทำสูญหายไปแล้ว โดยหลอกให้ผู้เสียหายพูดถึงการเบิกเงินตามเอกสารดังกล่าว ถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่เกิดจากการหลอกลวงด้วยวิธีการที่มิชอบต้องห้ามมิให้อ้างเป็นพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226

ส่วนแนวคำวินิจฉัยของศาลไทยเกี่ยวกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/1 ส่วนใหญ่จะอยู่ในการวินิจฉัยต่อกรณีพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับ ค้น ยึด โดยมิชอบ ซึ่งหากเจ้าพนักงานไม่ได้กระทำการโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น กระทำการจับ ค้น โดยมิชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ จับ หรือค้น โดยไม่มีหมายจับ หรือโดยไม่มีเหตุโดยชอบตามข้อยกเว้นของกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำ แต่ผลจากการจับ ค้นนั้นทำให้เจ้าพนักงานได้มาซึ่งสิ่งของ [เป็นสิ่งของที่

ผิดกฎหมาย เช่น ยาเสพติด หรืออาวุธซึ่งใช้ในการกระทำความผิด] หรือพยานหลักฐานอื่นในทำนองเดียวกันมาด้วย โดยหลักต้องถือว่าพยานหลักฐานนี้เกิดขึ้น [มีอยู่โดยผิดกฎหมาย] โดยชอบด้วยกฎหมายแต่เจ้าพนักงานได้มาจากการกระทำที่มิชอบต้องห้ามรับฟังตาม มาตรา 226/1 แต่ศาลสามารถใช้ดุลพินิจตาม มาตรา 226/1 วรรคแรก ตอนท้าย รับฟังพยานหลักฐานนี้ได้หากการรับฟังนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความยุติธรรมฯ ตามแนวคำพิพากษาฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 5144/2548 การค้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเป็นการค้นโดยไม่มีหมายค้นเป็นเรื่องที่ต้องไปว่ากล่าวกันอีกส่วนหนึ่งต่างหาก ไม่มีผลทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานตำรวจที่ชอบกลายเป็นไม่ชอบด้วยกฎหมายไปได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1493/2550 การตรวจค้นและการจับกุมของตำรวจจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เป็นเรื่องที่ต้องไปว่ากล่าวกันอีกส่วนหนึ่งต่างหาก และเป็นคนละขั้นตอนกับการสอบสวน ไม่มีผลกระทบถึงการสอบสวนของพนักงานสอบสวนและอำนาจในการฟ้องคดีของพนักงานอัยการ ทั้งไม่มีผลทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานของตำรวจที่ชอบด้วยกฎหมายกลายเป็นไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด

2.4 ปัญหาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตในประเทศไทย

แนวคิดเรื่องการดักรับข้อมูลการติดต่อสื่อสาร ดักรับข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือการดักรับข้อมูลทางการเงิน เกิดขึ้นเนื่องมาจากที่สังคมในยุคปัจจุบันนั้นความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีโทรคมนาคมมีความทันสมัย การก่ออาชญากรรมเริ่มมีความซับซ้อนมากกว่าในอดีต ผู้กระทำความผิดเริ่มแสวงหาวิธีการใหม่ ๆ หรือเครื่องมือที่ยากแก่การตรวจสอบตามวิธีการปกติมาใช้ในการก่ออาชญากรรม ซึ่งอาชญากรรมในโลกปัจจุบันนี้นับวันยิ่งทวีความรุนแรง และส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวมเป็นวงกว้าง ยกตัวอย่างเช่น การกระทำผิดที่มีลักษณะเป็นเครือข่ายยาเสพติด การกระทำความผิดเกี่ยวกับระบบการเงิน (Financial crime) กระกระทำผิดที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ เช่น การก่อการร้าย และการกระทำความผิดในรูปแบบขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ (Transnational Organized Crime)

ที่ผ่านมาประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการดักฟัง หรือการดักรับข้อมูลการสื่อสารอยู่ตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ หลายฉบับด้วยกัน แต่ไม่มีกฎหมายฉบับใดให้อำนาจเจ้าพนักงานในการดัก

การสื่อสารทางโทรคมมาคม (Telecommunication) ทางอินเทอร์เน็ตไว้ เจ้าพนักงานจึงไม่มีอำนาจใช้มาตรการนี้ในการสอบสวนเกี่ยวกับการกระทำความผิด ซึ่งหลักการของมาตรการนี้ถือเป็นเรื่องใหม่ในประเทศภาคพื้นยุโรปเช่น ประเทศเยอรมนี และประเทศสหรัฐอเมริกามีการนำหลักกฎหมายในเรื่องมาตรการดักรับข้อมูลต่าง ๆ มาใช้ในการดักฟังการสื่อสารทางโทรคมนาคมทางอินเทอร์เน็ต จึงมีข้อถกเถียงกันมากว่า การตีความ หรือการบังคับใช้กฎหมายเช่นนี้จะเป็นการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยประเทศเยอรมนีเป็นประเทศแรกที่แก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพิ่มเติมหลักการการดักการสื่อสารทางโทรคมนาคมทางอินเทอร์เน็ต[31]

มาตรการบังคับเช่นนี้ถือเป็นการล่วงละเมิดสิทธิในความลับในการสื่อสารทางไกล รัฐจะกระทำได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติที่ชัดเจนและแน่นอนเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของมาตรการ เงื่อนไขในการใช้มาตรการ ขอบเขตและวิธีการใช้มาตรการ และเมื่อมาตรการมีความรุนแรงมากขึ้น เงื่อนไขต่าง ๆ ก็ต้องเข้มข้นมากขึ้นเช่นกัน[32] ทั้งนี้ เพื่อขจัดปัญหาการตีความกฎหมาย และทำให้เจ้าพนักงานมีอำนาจใช้มาตรการบังคับได้โดยชอบ เพื่อพยานหลักฐานที่ได้มาจากการบังคับใช้กฎหมายนำมาใช้พิจารณาพิพากษาคดีเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด

การดักการสื่อสารโทรคมนาคม (Telecommunication) แต่เดิมนั้น รัฐสามารถได้มาซึ่งเนื้อหาของการสื่อสารโทรคมนาคมและบันทึกเนื้อหาของการสื่อสารนั้นที่กำลังเดินทางจากผู้สื่อสารคนหนึ่งไปยังผู้สื่อสารอีกคนหนึ่งในเครือข่ายโทรคมนาคมสาธารณะ ซึ่งได้แก่การสื่อสารด้วยโทรศัพท์บ้าน โทรศัพท์เคลื่อนที่ การส่งข้อความผ่านบริการส่งข้อความสั้น (SMS) และข้อความมัลติมีเดีย (MMS) รวมถึงการส่งโทรสารและโทรพิมพ์ แต่เนื่องจากในปัจจุบันอินเทอร์เน็ตได้เข้ามามีบทบาทสำคัญต่อวิถีชีวิตประจำวันของคนในสังคม และเครื่องมืออุปกรณ์ต่าง ๆ ก็ได้รับการพัฒนาให้เหมาะสมกับการใช้งานมากขึ้น ทำให้การสื่อสารระหว่างบุคคลเกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ตมากขึ้น เช่น

---

[31] วิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี มาตรา § 100a (StPO) บัญญัติถึงหลักการของมาตรการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคม ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยเพิ่มหลักการดักการสื่อสารทางการสื่อสารโทรคมนาคม เมื่อ ปี 2017.

[32] รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่อง กฎหมายเกี่ยวกับการให้รัฐเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน: กรณีศึกษาสหพันธรัฐเยอรมนี, (น.2), โดยกรรภิรมย์ โกมลารชุน , (2561), กรุงเทพมหานคร:สำนักส่งเสริมวิชาการรัฐสภา สถาบันพระปกเกล้า.

การโทรศัพท์ผ่านอินเทอร์เน็ต (Voice-over-IP-VoIP) หรือการส่งข้อความผ่านระบบการส่งข้อความทันที (Instant Messaging) หรือการโทรศัพท์ผ่านแอพพลิเคชั่น Line เป็นต้น[33]

ความหมายของการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต เปรียบเทียบ การดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมในกรณีปกติ

ความหมายของการดักฟังการสื่อสาร หมายถึง การลอบฟังด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ในการสื่อสารทางโทรคมนาคมที่บุคคลมีถึงกัน โดยปราศจากความยินยอมของคู่สนทนา

หลักการของการดักการสื่อสารโทรคมนาคมตามวิธีปกติ รัฐสามารถได้มาซึ่งเนื้อหาของการสื่อสารโทรคมนาคมและบันทึกเนื้อหาของการสื่อสารนั้นที่กำลังเดินทางจากผู้สื่อสารคนหนึ่งไปยังผู้สื่อสารอีกคนหนึ่งในเครือข่ายโทรคมนาคมสาธารณะ โดยครอบคลุมการสื่อสารทางไกลทุกรูปแบบไม่ว่าจะเป็นภาษา รูปแบบ หรือเสียง ได้แก่ การสื่อสารทางโทรศัพท์บ้าน โทรศัพท์เคลื่อนที่ การส่งข้อความผ่านบริการส่งข้อความสั้น (SMS) ข้อความมัลติมีเดีย (MMS) รวมถึงการส่งโทรสารและโทรพิมพ์

ความหมายของการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต ต้องศึกษาจากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา § 100a วรรคสอง[34] (StPO) การดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคม ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการดังกล่าวเมื่อกันยายน พ.ศ.2560 ให้อำนาจแก่หน่วยงานของรัฐในการดักและบันทึกการสื่อสารโทรคมนาคมที่มีการเข้ารหัสไว้เป็นครั้งแรก

เหตุผลก็เนื่องมาจากปัจจุบันมีความเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมอย่างรวดเร็ว ซึ่งการติดต่อสื่อสารของบุคคลจะเป็นการโทรศัพท์ติดต่อกันไม่ว่าจะเป็นแบบสื่อสารทางสายหรือแบบไร้สาย แต่ในปัจจุบันบุคคลเริ่มหันมาให้ความสำคัญกับ**การสื่อสารบนอินเทอร์เน็ต**มากขึ้น เช่น การโทรศัพท์ผ่านอินเทอร์เน็ต (Voice-over-IP – VoIP) โดยทำการสื่อสารผ่านแอพพลิเคชั่นต่าง ๆ เช่น Line ,Whatsapp หรือการส่งข้อความผ่านระบบการส่งข้อความทันที (Instant Messaging) เช่น

---

[33] โดยกรรภิรมย์ โกมลารชุน , *เพิ่งอ้าง*, (น.9).

[34] วิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา § 100a วรรคสอง (StPO) แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ บัญญัติว่า **"2 การสื่อสารโทรคมนาคมอาจถูกตรวจสอบและบันทึกไว้ได้ หากมีความจำเป็น โดยใช้วิธีการทางเทคนิคผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ ก่อนที่เจ้าของข้อมูลจะทำการเข้ารหัส เพื่อให้สามารถตรวจสอบและบันทึกข้อมูลที่อยู่ในรูปแบบที่ยังไม่มีการเข้ารหัสได้ 3 เนื้อหาและเรื่องราวของการสื่อสารผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศของบุคคลผู้ต้องสงสัยอาจถูกตรวจสอบและบันทึกได้ หากสามารถตรวจสอบและบันทึกข้อมูลที่มีการเข้ารหัสไว้ในระหว่างการส่งผ่านข้อมูลผ่านเครือข่ายโทรคมนาคมสาธารณะได้"**

Facebook Instant Messager **ซึ่งเนื้อหาของการสื่อสารกันด้วยวิธีการนี้จะถูกเข้ารหัสไว้** ดังนั้น ผลของการที่การสื่อสารในปัจจุบันมีการพัฒนาไปเช่นนี้ ทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อนำผู้ต้องสงสัยมาดำเนินคดี หรือนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษเป็นไปได้ยากยิ่งขึ้นวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันจึงแก้ไขกฎหมายเพื่อเปิดช่องทางให้หน่วยงานของรัฐสามารถได้มาซึ่งเนื้อหาของการสื่อสารที่มีการเข้ารหัสเหล่านี้ คือ เนื้อหาก่อนที่จะเข้ารหัสหรือเนื้อหาหลังจากถอดรหัสแล้วโดยใช้โปรแกรมพิเศษที่จะถูกนำไปติดตั้งไว้ที่เครื่องมือหรืออุปกรณ์ปลายทาง เรียกว่า **Quellen-TKÜ** (Source Telecommunication Surveillance) คือ การตรวจตราการสื่อสารโทรคมนาคมที่แหล่งที่มาของข้อมูล

การสื่อสารโทรคมนาคมทางอินเทอร์เน็ตต่าง ๆ เหล่านี้ เนื้อหาของการสื่อสารกันจะถูกเข้ารหัสเอาไว้ หน่วยงานที่มีอำนาจสอบสวนคดีอาญาจะได้รับเพียงข้อมูลที่ถูกเข้ารหัสเอาไว้ และการถอดรหัสยังไม่สามารถทำได้ด้วยเทคโนโลยีในปัจจุบัน หรือหากต้องการจะถอดรหัสก็จะต้องใช้เวลามากและมีค่าใช้จ่ายที่สูง การที่รัฐจะกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ให้บริการในการแจกจ่ายโปรแกรมถอดรหัสให้แก่หน่วยงานสอบสวนของรัฐก็ยังไม่อาจเป็นไปได้ ดังนั้น เพื่อให้มาตรการในการสอบสวนคดีอาญามีความทันสมัยก้าวทันความก้าวหน้าอย่างรวดเร็วของเทคโนโลยี และการดำเนินคดีอาญามีประสิทธิภาพ จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมหลักการดังกล่าว เพื่อเปิดช่องให้หน่วยงานของรัฐสามารถได้มาซึ่งเนื้อหาของการสื่อสารด้วยวิธีการเหล่านี้ กล่าวคือ เพิ่มเติมมาตรการการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตในเนื้อหาก่อนที่จะเข้ารหัสหรือเนื้อหาหลังจากถอดรหัส โดยใช้โปรแกรมพิเศษที่ได้ถูกนำไปติดตั้งไว้ที่เครื่องมือหรืออุปกรณ์ปลายทาง (Quellen-TKÜ)[35]

2.4.1 ปัญหาการไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงาน

รากฐานสำคัญของปัญหาการไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่นั้น ต้องพิจารณาถึง หลักนิติรัฐ (Rechtstaat)[36] และหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ควบคู่กันไป ซึ่งทั้งสองหลักนี้มีข้อแตกต่างกันเนื่องมาจากพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ กล่าวคือ หลักนิติรัฐ (Rechtstaat) มีที่มาจากประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส ส่วนหลักนิติธรรม (The Rule of Law) มีที่มาจากประเทศอังกฤษ ในส่วนของประเทศไทยได้รับแนวคิดแบบหลักนิติรัฐ เนื่องจากได้รับอิทธิพลมาจาก

---

[35] โดยกรรภิรมย์ โกมลารชุน , *เพิ่งอ้าง*, (น.10).

[36] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.160.

กลุ่มประเทศ Civil Law ซึ่งยึดถือในหลักนิติรัฐ โดยยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจ ยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ตลอดจนมีการบัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลตามรัฐธรรมนูญเอาไว้

โดยหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมมีความคล้ายคลึงกัน 2 ประการ[37] คือ

(1) ถ้าไม่มีกฎหมาย เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจกระทำการใด ๆ ทั้งสิ้น เพราะถ้าดำเนินการไปแล้วอาจกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยปราศจากอำนาจ

(2) หลักที่ว่าเมื่อกฎหมายกำหนดขอบเขตไว้เช่นใด ฝ่ายปกครองก็ใช้ไปตามขอบเขตนั้น จะใช้อำนาจเกินกว่ากฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้

หลักนิติรัฐ เป็นหลักพื้นฐานสำคัญในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ทำให้องค์กรทางปกครองต้องผูกพันกับกฎหมายในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ ผลคือ เจ้าหน้าที่รัฐหรือองค์กรของรัฐจะกระทำการใดอันเป็นการรุกล้ำสิทธิเสรีภาพ หรือจำกัดตัดทอนสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น เป็นไปตาม “หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ”[38] ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎรภายใต้การปกครองของรัฐ เพราะในระบอบประชาธิปไตย การจำกัดตัดทอนสิทธิเสรีภาพของราษฎรจะกระทำได้ก็โดยฝ่ายนิติบัญญัติเห็นชอบโดยตราออกมาเป็นกฎหมายในลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป

เมื่อพิจารณาถึงมาตรการบังคับ (Compulsory Measures) ทางอาญาในส่วนที่เป็นมาตรการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตในประเทศไทย ซึ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยมีหลักรับรองเสรีภาพของบุคคลในการติดต่อสื่อสารกัน[39] ซึ่งการจำกัด ตัดทอน หรือแทรกแซงเสรีภาพดังกล่าวไม่อาจกระทำได้ เว้นแต่ มีคำสั่ง หรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ เช่น การใช้มาตรการบังคับที่บัญญัติไว้ในกฎหมายพิเศษต่าง ๆ เท่าที่มีอยู่ ดังนี้ หากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าพนักงาน หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต การที่เจ้าพนักงานใช้มาตรการบังคับดังกล่าวนี้ต่อบุคคลผู้เกี่ยวข้อง ย่อมทำให้การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานเป็นการกระทำที่ปราศจากอำนาจตามกฎหมาย

---

[37] ธานี วรภัทร์, หลักกฎหมายมาตรการบังคับทางอาญา, (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2557), น.32.

[38] สมยศ เชื้อไทย, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2555), น.226-227.

[39] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 36.

กล่าวคือเมื่อไม่มีกฎหมายเจ้าพนักงานรัฐย่อมไม่มีอำนาจ การกระทำนั้นจึงขัดต่อหลักนิติรัฐ (Rechtstaat) และขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด ทำให้เจ้าพนักงานซึ่งเป็นผู้บังคับใช้มาตรการบังคับดังกล่าวมีความรับผิดเป็นส่วนตัวทั้งทางแพ่งและทางอาญา อีกทั้งยังทำให้พยานหลักฐานที่ได้มาจากการสืบสวนสอบสวน โดยผ่านการใช้มาตรการบังคับที่ไม่ได้ชอบด้วยกฎหมายไม่อาจใช้รับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยในชั้นศาลได้

2.4.2 ปัญหาการบัญญัติให้การดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตเป็นมาตรการบังคับ และปัญหาในการควบคุมการใช้มาตรการบังคับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

การดำเนินคดีอาญาเป็นเรื่องของหลักการตรวจสอบ (Examination Principle) โดยที่เจ้าพนักงานและศาลต่างมีหน้าที่ตรวจสอบค้นหาความจริงในเรื่องที่กล่าวหา ซึ่งการดำเนินคดีอาญาจะมีประสิทธิภาพได้จำเป็นต้องใช้มาตรการบังคับ (Compulsory Measure) อันเป็นเครื่องมือในการดำเนินคดีอาญาที่สำคัญ เพราะหากขาดมาตรการบังคับโดยสิ้นเชิงแล้ว การดำเนินคดีอาญาย่อมไม่อาจกระทำได้ อย่างไรก็ตาม จะต้องมีการควบคุมการใช้มาตรการบังคับควบคู่กันไปด้วย[40]

แนวคิดการตรวจสอบจากภายนอก (Accountability) โดยองค์กรภายนอก มีขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานของรัฐในการดำเนินคดีอาญาให้เป็นไปอย่างถูกต้องโปร่งใส และมีความเป็นภาวะวิสัย (Objectivity) ที่สุด เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล เนื่องจากหากบัญญัติให้อำนาจเจ้าพนักงานดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตไม่ตั้งอยู่บนหลักการเช่นว่านี้แล้วกล่าวคือ ไม่มีการผสมผสานระหว่างการคุ้มครองเสรีภาพการสื่อสารของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ กับการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานรัฐในการใช้มาตรการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลที่จำเป็นเพื่อป้องกันอาชญากรรม และสืบสวนสอบสวนคดีที่มีการกระทำความผิดที่ดีแล้ว ย่อมมีผลทำให้เนื้อหาของกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานใช้มาตรการบังคับไม่มีเงื่อนไขที่ครบถ้วน และขาดองค์ประกอบของการใช้มาตรการบังคับอย่างมีภาวะวิสัย (Objectivity) ผลก็คือการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานย่อมกระทบกระเทือนเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร ดังนี้ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาต่อไปในรายละเอียดของมาตรการการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตเพื่อทำให้มาตรการดังกล่าว กลายเป็นมาตรการบังคับทางอาญาที่มีความสมบูรณ์ครบถ้วนทั้งในแง่ของเนื้อหา และกระบวนการต่อไป

---

[40] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.226.

หลักสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็คือ หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (Public Prosecution) ซึ่งถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหายและเจ้าพนักงานของรัฐผู้มีอำนาจหน้าที่ดำเนินคดีอาญา คือ พนักงานอัยการ[41] ซึ่งหมายความว่าพนักงานอัยการเป็นผู้รับผิดชอบการดำเนินคดีอาญาชั้นก่อนฟ้อง (Pretrial stage) อันเป็นหลักเกณฑ์ของระบบอัยการที่สมบูรณ์ กล่าวคือ ถือว่า การสอบสวนฟ้องร้อง เป็นกระบวนการดำเนินคดีอาญากระบวนการเดียวกันไม่อาจแบ่งแยกจากกันได้ เจ้าพนักงานตำรวจเป็นเพียง เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ช่วยเหลืออัยการ (Public prosecutor's assistant officer)

เมื่อพิจารณาถึงวิธีพิจารณาความอาญาของไทยในทางปฏิบัติแล้วเราจะพบว่า การดำเนินคดีอาญาชั้นก่อนฟ้องแยกอำนาจสอบสวน และอำนาจฟ้องร้องคดีอาญาต่างหากจากกันค่อนข้างเด็ดขาด โดยพนักงานอัยการคงมีเพียงอำนาจสั่งคดีและยื่นฟ้องต่อศาล ไม่มีอำนาจหน้าที่สอบสวนหรือเริ่มต้นคดีอาญา การใช้อำนาจเรียกหรือออกหมายเรียกรวมถึงการร้องขอให้ศาลออกหมายจับของเจ้าพนักงานตำรวจในระหว่างการสอบสวนจึงไม่ผ่านการกลั่นกรอง จากพนักงานอัยการก่อน ทำให้ก่อนการสอบสวนเสร็จสิ้นพนักงานอัยการของไทยแทบไม่มีบทบาทที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้เลย ด้วยเหตุนี้หากต้องนำ "หลักเกณฑ์ของระบบอัยการที่สมบูรณ์" มาใช้ในการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานในการใช้มาตรการบังคับทางอาญา ย่อมทำให้หลักการของการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตย่อมทำให้กฎหมาย มีความเป็นภาวะวิสัยมากเพียงพอในการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจของเจ้าพนักงาน และมีความเป็นภาวะวิสัยในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างแท้จริง

2.4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการกระจัดกระจายของบทบัญญัติว่าด้วยการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต

หลักการแบ่งประเภทบทกฎหมายออกเป็นบทกฎหมายทั่วไป (jus generale) และ กฎหมายเฉพาะ (jus speciale) เป็นการแบ่งโดยพิจารณาขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมายในเรื่องบุคคล พื้นที่และเรื่องราว (ข้อเท็จจริง) ที่กฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อใช้บังคับ ถ้าบทกฎหมายนั้นใช้บังคับบุคคลทั่วไปใช้บังคับ ทั่วอาณาเขตของรัฐ หรือใช้บังคับกับเรื่องหรือข้อเท็จจริงทั่วไป บทกฎหมายนั้นจัดเป็น **บทกฎหมายทั่วไป** (jus generale) ถ้าบทกฎหมายนั้นใช้บังคับบุคคลเฉพาะกลุ่ม ใช้บังคับเฉพาะบางพื้นที่ไม่ทั่วอาณาเขตของรัฐหรือ ใช้บังคับกับเรื่องพิเศษเฉพาะเรื่อง บทกฎหมายนั้นจัดเป็น

[41] คณิต ณ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น.66.

บทกฎหมายเฉพาะ (jus speciale) ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์เป็นบทกฎหมายพิเศษเพราะใช้บังคับเฉพาะข้อพิพาทในเรื่องลิขสิทธิ์ พระราชบัญญัติการพนันเป็นกฎหมายพิเศษ เพราะใช้บังคับเฉพาะการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับการเล่นการพนัน พระราชบัญญัติเทศบาลเป็นกฎหมายพิเศษเพราะใช้บังคับเฉพาะพื้นที่ในเขตเทศบาล พระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือนเป็นกฎหมายพิเศษเพราะใช้บังคับเฉพาะบุคคล ที่เป็นข้าราชการพลเรือน[42]

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการดักรับข้อมูลการสื่อสาร การดักฟัง รวมถึงการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตของประเทศไทยในปัจจุบัน คือปัญหาที่เกิดจากการกระจัดกระจายกันไปตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรการบังคับเหล่านี้ อันมีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะ (jus speciale) กล่าวคือ ขอบเขตในการบังคับใช้ของกฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับนั้นจะต้องเป็นกรณีที่เมื่อมีข้อเท็จจริง หรือการกระทำความผิดเกิดขึ้น หรือต้องสงสัยว่าอาจมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว เจ้าพนักงานที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายแต่ละฉบับจะถูกจำกัดการใช้อำนาจของตนไปตามองค์ประกอบ และเจตนารมณ์ของแต่ละพระราชบัญญัติ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ.2519 พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ.2528 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 ซึ่งกฎหมายเฉพาะต่าง ๆ เหล่านี้จะกำหนดอำนาจเจ้าพนักงานต้องบังคับใช้มาตรการบังคับของตนให้เป็นไปตามเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั้น ๆ

จากปัญหาดังกล่าว เมื่อพิจารณาถึงการติดต่อสื่อสารทางเทคโนโลยีโทรคมนาคม รวมทั้งพฤติกรรมการใช้อินเทอร์เน็ตของสังคมไทยและสังคมโลกในปัจจุบัน จะเห็นว่าหากมีการใช้เทคโนโลยีโทรคมนาคมมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดขึ้นแล้ว ย่อมไม่อาจคาดเดาได้ว่าความผิดที่เกิดขึ้นนั้นจะเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติต่าง ๆ อันเป็นกฎหมายเฉพาะ (jus speciale) ฉบับใดบ้าง ดังนั้น หากมีการบัญญัติหลักการว่าด้วยการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตขึ้นเพื่อเป็นมาตรการบังคับแล้ว จึงควรพิจารณากำหนดหลักการนี้ลงในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเป็น

---

[42] สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง:หลักทั่วไป ความรู้กฎหมายทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญชน, 2549), น.131.

กฎหมายที่มีฐานะเป็นบทกฎหมายทั่วไป (jus generale) โดยเมื่อศึกษาหลักการเกี่ยวกับการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตของต่างประเทศ อาทิ ประเทศเยอรมนี พบว่าในประเทศที่มีความก้าวหน้าทางกฎหมายของโลกจะนำหลักการต่าง ๆ เกี่ยวกับมาตรการบังคับซึ่งกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ทั้งนี้ก็เพื่อให้หลักเกณฑ์การในการบังคับใช้กฎหมาย รวมทั้งแนวทางในทางปฏิบัติ และการตีความของศาลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเป็นไปอย่างมีเอกภาพ ไม่เกิดการบังคับใช้ และการตีความกฎหมายที่ลักลั่นกันได้ในอนาคต

2.4.4 ปัญหาของมาตรการดักฟังการสื่อสารตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. .... มาตรา 131/2[43]

แนวคิดเรื่องการดักการสื่อสารโทรคมนาคมของ ประเทศไทยได้มีความพยายามที่จะแก้ไขเพิ่มเติมหลักการเรื่องการดักฟังโทรศัพท์โดยการเสนอของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ วัตถุประสงค์ก็เพื่อให้อำนาจพนักงานสอบสวนฝ่ายตำรวจได้มีเครื่องมือในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร ในคดีที่มีความสำคัญยุ่งยากสลับซับซ้อนเพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามผู้กระทำความผิด และนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ทั้งนี้ สำนักงานตำรวจแห่งชาติยกร่างกฎหมายดังกล่าวเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2 ทั้งสิ้นห้าวรรค โดยมีเนื้อหาและรายละเอียด ดังนี้

ในวรรคแรกของมาตรา 131/2 บัญญัติถึงผู้มีอำนาจยื่นขอใช้มาตรการ และผู้อนุมัติให้มีการใช้มาตรการ รวมทั้งเงื่อนไขในการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางโทรคมนาคมซึ่งเป็นการกำหนดประเภทคดีที่เจ้าพนักงานสามารถใช้มาตรการไว้อย่างกว้าง ๆ โดยร่างฯมาตรา 131/2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งการสืบสวนสอบสวน**คดีความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ ความผิดที่มีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรม** หรือ**ที่ยุ่งยากซับซ้อน** พนักงานสอบสวนโดยอนุมัติของผู้บังคับการซึ่งเป็นหัวหน้าของพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ อาจยื่นคำร้องขอต่ออธิบดีผู้พิพากษาหรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาล เพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลอิเล็คทรอนิคส์ หรือข้อมูลข่าวสารใด ๆ เช่น การตรวจสอบหรือดักรับข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลการติดต่อสื่อสาร หรือข้อมูลทางการเงินของบุคคลที่**น่าจะเกี่ยวกับการกระทำความผิด**นั้นได้”

รายละเอียดของคำร้องขอใช้มาตรการของเจ้าพนักงานถูกกำหนดไว้ในมาตรา 131/2 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “คำร้องดังกล่าว[44] ต้องระบุเหตุผลและความจำเป็นในการยื่นคำร้อง รายละเอียด

---

[43] **โปรดดู** ภาคผนวก ก. ประกอบ.

เกี่ยวกับประเภทและลักษณะของข้อมูลที่ต้องการ วิธีการที่ใช้ในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลน้อยที่สุด รวมทั้งระยะเวลาที่จำเป็นต้องใช้ในการดำเนินการ"

ระยะเวลาในการใช้มาตรการ เหตุที่ศาลนำมาพิจารณาในการอนุญาตให้ใช้มาตรการรวมถึงการขยายระยะเวลา กำหนดไว้ในวรรคสามของมาตรา 131/2 ซึ่งบัญญัติว่า "หากศาลพิจารณาเห็นว่า คำร้องดังกล่าวมีพยานหลักฐานตามสมควรอันน่าเชื่อว่า จะทำให้ได้มาซึ่งข้อมูลอันเป็นประโยชน์ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดนั้นและไม่สามารถรวบรวมพยานหลักฐานได้โดยวิธีการตามปกติเพราะอาจก่อให้เกิดอันตรายอย่างยิ่งต่อเจ้าหน้าที่รัฐ เมื่อคำนึงถึงผลกระทบของการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลนั้นด้วยแล้ว ให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้เข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลดังกล่าวเป็นคราว ๆ ละไม่เกินสิบห้าวัน ในกรณีมีเหตุอันสมควรอาจขยายได้อีก แต่รวมแล้วต้องไม่เกินเก้าสิบวัน โดยศาลอาจกำหนดเงื่อนไขใด ๆ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งเพื่อให้มีการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลเท่าที่จำเป็น รวมทั้งการกำหนดมาตรการเพื่อบรรเทาผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลจากการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลนั้นได้"

วรรคสี่ของมาตรา 131/2 กำหนดให้ผู้ร้องขอรายงานการดำเนินการต่อศาลทุกสิบห้าวัน และวรรคท้ายกำหนดสภาพบังคับของคำสั่งอนุญาตว่าหากกรณีคำสั่งอนุญาตดังกล่าวมีผลไปถึงบุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้องแล้ว กฎหมายมาตรานี้กำหนดว่า "คำสั่งอนุญาตของศาลย่อมมีผลบังคับให้บุคคลที่ครอบครองหรือดูแลข้อมูลนั้นต้องให้ความร่วมมือในการปฏิบัติตามคำสั่งศาลด้วย"

หลักการของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมวิธีพิจารณาความอาญาฉบับนี้ เป็นการบัญญัติถึงการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลอิเล็คทรอนิคส์ หรือข้อมูลข่าวสารใด ๆ ซึ่งยังขาดหลักการที่เป็นสากลของหลักการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐ ที่จะต้องกำหนดการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานต้องอยู่ในกรอบ มีขอบเขตที่แน่ชัด ดังจะได้วิเคราะห์ถึงบทบัญญัตินี้ต่อไป

---

[44] มีข้อสังเกตว่า มาตรา 131/2 วรรคหนึ่ง ใช้คำว่า "คำร้องขอ".

บทที่ 3
แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต

มาตรการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตถือเป็นกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารของบุคคล โดยมีวัตถุประสงค์ที่รัฐจะใช้มาตรการเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม และรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวม ในขณะเดียวกันมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นก็ต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนไปพร้อมกัน ในบทนี้ จะได้กล่าวถึงแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต เริ่มตั้งแต่การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง ,แนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) และหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ,หลักการค้นหาความจริงในคดีอาญา ,แนวคิดและทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางอาญา ทั้งนี้ เพื่อให้ครอบคลุมหลักการที่เกี่ยวข้องกับปัญหาที่ทำการศึกษาทั้งหมด ปรากฏตามรายละเอียด ดังต่อไปนี้

3.1 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง

3.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) เป็นรากฐานอันเป็นที่มาของสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน อันหมายถึงลักษณะบางประการที่สร้างออกมาเป็นคุณค่าเฉพาะตัวของมนุษย์อันเป็นสารัตถะในการกำหนดความรับผิดชอบของตนเอง และเป็นสารัตถะที่มนุษย์แต่ละคนได้รับเพื่อเห็นแก่ความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น[45] และในทางทฤษฎีกฎหมายประเทศเสรีประชาธิปไตย (Liberal and Democratic State) อย่างเช่นประเทศเยอรมนี หรือประเทศฝรั่งเศส ต่างก็ถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) เป็นรากฐานที่สำคัญอันเป็นที่มาของสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวง และเป็นแดน

---

[45] บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของ สิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่, (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2558), น.85.

แห่งสิทธิที่รัฐไม่อาจใช้อำนาจล่วงละเมิดเข้าไปในขอบเขตดังกล่าวได้ ดังเช่นในมาตรา 1 (1)[46] แห่งรัฐธรรมนูญเยอรมนีที่ได้บัญญัติเป็นหลักไว้ โดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้วินิจฉัยยอมรับถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานประเภทหนึ่งที่อำนาจรัฐทั้งหมดต้องผูกพันในฐานะที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) อันถือเป็นหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

3.1.2 แนวคิดเรื่องสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนที่มีการรับรองคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ

เมื่อกล่าวถึงสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลจะต้องเริ่มต้นจากการศึกษาสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) โดยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญของไทยมีพันธกิจ 2 ประการ คือ ประการแรก ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิโดยตัวของมันเองอยู่ในฐานะที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทหนึ่งที่รัฐจะล่วงละเมิดมิได้ ประการที่สอง มาตรการในการวินิจฉัยเชิงคุณค่าอันแสดงถึงทิศทางของการกระทำอื่น ๆ เพื่อให้สิทธิขั้นพื้นฐานที่มีการบัญญัติรับรองไว้แล้วนั้นสามารถบรรลุเป้าหมายได้มากที่สุด อันเป็นการเพิ่มหลักประกันที่จะมิให้มีการล่วงละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว[47] ซึ่งตามหลักการสากลขององค์การสหประชาชาติ (United Nations) ว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางอาญากำหนดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่รัฐจะต้องคำนึงถึงก่อนเสมอ เพราะถือว่าเป็นเรื่องสำคัญที่สุดในการแสวงหาพยานหลักฐาน

การที่รัฐใช้อำนาจในการแสวงหาพยานหลักฐานนั้น หลักการสำคัญที่สุดคือ รัฐต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตแห่ง สิทธิ และ เสรีภาพ ของบุคคลซึ่งเป็นพื้นฐานอย่างหนึ่งของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) การที่รัฐจะแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยใช้อำนาจรัฐจะกระทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวต้องผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในประชาธิปไตยที่ได้ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้นจึงสามารถกระทำได้[48] รัฐโดยเจ้าพนักงานของรัฐจำต้องใช้ความระมัดระวังในการแสวงหา

---

[46] รัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเยอรมนี มาตรา 1 (1) บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่อาจถูกล่วงละเมิดได้ อำนาจรัฐทั้งหลายผูกพันที่จะให้ความเคารพและให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”.

[47] อุดม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, กรุงเทพมหานคร: นานาการพิมพ์, 2544), (น. 11-12).

[48] บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 45*, น.24.

พยานหลักฐาน กล่าวคือ เจ้าพนักงานของรัฐจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามขอบเขตและกฎเกณฑ์ตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้อย่างเคร่งครัด เพื่อไม่ให้การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐไปก้าวล่วงไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล ซึ่งหลักการดังกล่าวบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 29 และสิทธิดังกล่าวกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 ฉบับปัจจุบัน[49] ก็ยังได้รับรองสิทธิในการสื่อสารดังกล่าวไว้เช่นเดิม ดังนั้น การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานจึงจำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติอย่างรอบคอบอยู่เสมอ กล่าวคือ ต้องดำเนินการไปตามขอบเขตและกฎเกณฑ์ตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้อย่างเคร่งครัด

กล่าวโดยสรุป เจ้าพนักงานของรัฐจะต้องให้ความสำคัญและเคารพต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล โดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่อาจถูกกระทบในการแสวงหาพยานหลักฐาน ไม่ว่าจะเป็นสิทธิเสรีภาพในร่างกาย เคหสถาน การสื่อสาร หรือสิทธิในความเป็นส่วนตัว ซึ่งหลักการเช่นว่านี้ถือเป็นมาตรฐานสากลของที่องค์การระหว่างประเทศได้ไว้หลักรับรองไว้แล้วทั้งสิ้น ดังนั้น แม้การแสวงหาพยานหลักฐานมาเพื่อพิสูจน์ความผิด หรือการแสวงหาข้อมูลเพื่อค้นหาความจริงในขั้นตอนก่อนการพิจารณา (Pretrial Stage) มีความสำคัญอย่างมากต่อระบบการดำเนินคดีอาญาที่มุ่งเน้นถึงการป้องกันและควบคุมอาชญากรรมอันเป็นวัตถุประสงค์หลักเรียกว่า เป้าหมายของคดีอาญา[50] กล่าวคือ เพื่อให้การดำเนินคดีอาญาบรรลุเป้าหมายในเชิงเนื้อหาอันเป็นการอำนวยความยุติธรรมตรงกับความเป็นจริง แต่การจะค้นหาความจริงย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะกระทบหรือละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลในบางประการ

---

[49] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 26 วรรคแรก บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระ หรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ หรือจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย”.

มาตรา 36 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการติดต่อสื่อ สารถึงกันไม่ว่าในทางใด ๆ”

วรรคสอง บัญญัติว่า “การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน รวมทั้งการกระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อให้ล่วงรู้ หรือได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันจะกระทำมิได้ เว้นแต่ มีคำสั่ง หรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ”.

[50] กรรภิรมย์ โกมลารชุน. “วัตถุแห่งคดีในคดีอาญาคืออะไร? What is the object of criminal proceedings?.” วารสารกระบวนการยุติธรรม, ปีที่ 7, เล่ม 2. (พฤษภาคม –สิงหาคม 2557). น. 1-22.

วิธีพิจารณาความอาญาที่ดีจึงต้องหาสมดุลระหว่างคุณค่าสองประการ ทั้งนี้ เพื่อให้กฎหมายสารบัญญัติมีประสิทธิภาพในการที่จะข่มขู่ ยับยั้ง และเกิดความศักดิ์สิทธิ์สมเจตนารมณ์ตามทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แม้รัฐอาจถือเอาแนวคิดการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม (The Crime Control Model) เพื่อที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมก็ตาม แต่รัฐก็ต้องไม่ลืมที่จะคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้บริสุทธิ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นผู้ต้องสงสัย ผู้ต้องหาหรือแม้กระทั่งจำเลย ต้องไม่กระทำโดยไม่คำนึงถึงความร้ายแรงอันจะส่งผลเสียหายต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลมากกว่าความร้ายแรงของอาชญากรรมที่เกิดขึ้น มิฉะนั้นแล้วกรณีจะกลับกลายเป็นว่า บุคคลที่กระทำผิดกฎหมายและละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลคือ รัฐเสียเอง ดังคำกล่าวของ Montesquieu (ค.ศ.1689-1755) ว่า “ไม่มีความเลวร้ายใดที่ยิ่งไปกว่าความเลวร้ายที่ได้กระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายและในนามของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา”[51]

3.1.3 หลักการว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันได้บัญญัติหลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้โดยยังคงหลักการเดิมของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540[52] ซึ่งถือเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ได้รับการยอมรับอย่างมากว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน หลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นบทบัญญัติที่ชี้ให้เห็นถึงรากฐานของ

---

[51] ชาติ ชัยเดชสุริยะ, มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2549), น. 36.

[52] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 29 บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

วรรคสอง บัญญัติว่า “กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย”

วรรคสาม บัญญัติว่า “บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎ หรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”.

ความคิดของ “หลักนิติรัฐ” (Principle of Legal State) อีกทั้งยังเป็น **มาตร**[53] หรือมาตรวัดที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องนำมาใช้ในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายหรือกฎหมายอีกด้วย โดยบทบัญญัตินี้มีขึ้นเพื่อจำกัดมิให้องค์กรนิติบัญญัติ และองค์กรอื่นที่ได้รับมอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติ ตรากฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับอื่นใดที่จะส่งผลล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ตามอำเภอใจ

เงื่อนไขในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น องค์กรนิติบัญญัติต้องดำเนินการตรากฎหมายให้สอดคล้องกับเงื่อนไขในการตรากฎหมายตามองค์ประกอบ 4 ประการ[54] กล่าวคือ

(1) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คือ กฎหมายต้องตราขึ้นโดย “องค์ผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ” เป็นการเฉพาะ ผ่านสภานิติบัญญัติเท่านั้น

(2) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งคำว่า “การที่” หมายถึง ประโยชน์สาธารณะ (Public Interest หรือ Rechtsgut) ดังนั้น กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองและรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น

(3) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องกระทำเท่าที่จำเป็นตาม “หลักแห่งความได้สัดส่วน” (Principle of Proportionality) ซึ่งมีองค์ประกอบสามประการด้วยกัน กล่าวคือ

(3.1) หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล องค์กรของรัฐต้องเลือกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายซึ่งให้อำนาจแก่ตนสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น

(3.2) หลักแห่งความจำเป็น องค์กรของรัฐจะต้องเลือกออกมาตรการที่จะยังผลให้สิทธิเสรีภาพของบุคคลได้รับความกระทบกระเทือนน้อยที่สุด และ

(3.3) หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ คือ มาตรการที่องค์กรของรัฐมุ่งใช้บังคับจะต้องเกิดประโยชน์กับมหาชนมากกว่าการทำให้สิทธิเสรีภาพถูกกระทบ องค์กรของรัฐ

---

[53] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 30, ฉบับที่ 2. (2543, มิถุนายน). น. 184-194.

[54] ธีระ สุธีวรางกูร. “การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 29, ฉบับที่ 4. (2542, ธันวาคม). น. 578-592.

จึงจะเลือกใช้มาตรการนั้นได้ ถ้ามาตรการนั้นกระทบสิทธิเสรีภาพของบุคคลก่อให้เกิดความเสียหายมากกว่าประโยชน์ที่มหาชนได้รับ องค์กรรัฐต้องหลีกเลี่ยงมาตรการนั้น กล่าวคือ ต้องเกิดความสมดุลระหว่างความเสียหายอันจะเกิดกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลกับประโยชน์มหาชนที่พึงได้รับในการปฏิบัติตามมาตรการนั้น ๆ

(4) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้น กล่าวคือ จะต้องไม่ถึงขนาดไป “ตัด” หรือ “เพิกถอน” สิทธิและเสรีภาพนั้น ๆ ไม่ได้

3.2 แนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) และหลักนิติธรรม (The Rule of Law)

หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) และหลักนิติธรรม (The Rule of Law) โดยทั่วไปมักจะเป็นคำที่ใช้คู่กับไป โดยพัฒนาขึ้นโลกตะวันตกมีเป้าหมายที่จะจำกัดอำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมต่างไม่ต้องการให้มนุษย์ปกครองมนุษย์กันเอง แต่ต้องการให้ใช้กฎหมายเป็นผู้ปกครองมนุษย์ ซึ่งหมายความว่า ผู้ที่ทรงอำนาจบริหารปกครองบ้านเมืองจะกระทำการใด ๆ ก็ตาม การกระทำนั้นจะต้องสอดคล้องกับกฎหมาย จะกระทำการให้ขัดต่อกฎหมายไม่ได้[55]

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 ได้บัญญัติคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้อย่างน้อย 2 มาตราด้วยกัน กล่าวคือ มาตรา 3 วรรคสอง[56] และมาตรา 26 วรรคหนึ่ง[57] ซึ่งพบว่าการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ร่างแรกได้ใช้คำว่า “หลักนิติรัฐ” ไม่ใช่ “หลักนิติธรรม” ทั้งนี้ไม่ปรากฏเหตุผลในการจัดทำรัฐธรรมนูญเลยว่าเหตุใดในเวลาต่อมาผู้ยกร่างจึงเปลี่ยนแปลงคำว่า

---

[55] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม”, วารสารจุลนิติ, ปีที่ 9, ฉบับที่ 1, น.50. (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2555).

[56] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติว่า “รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระและหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม”.

[57] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 26 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย”.

“หลักนิติรัฐ” เป็นคำว่า “หลักนิติธรรม”[58] แต่ไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตามหลักการทั้งสองก็มักถูกใช้ร่วมกันอยู่เสมอ ๆ เช่นนี้จึงเห็นได้ว่าหลักดังกล่าวมีความสำคัญต่อระบบกฎหมายของไทย ในหัวข้อนี้จะได้อธิบายถึงความหมายของหลักนิติธรรม (Rule of Law) และหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat/Legal State) ข้อเหมือนและข้อแตกต่างของหลักนิติธรรม/นิติรัฐ รวมทั้งผลในทางกฎหมายของหลักการทั้งสองที่ส่งผลต่อการใช้อำนาจของรัฐ การตรากฎหมาย และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังต่อไปนี้

3.2.1 หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat)

แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับ “หลักนิติรัฐ” (Rechtsstaat)[59] คือ การจำกัดอำนาจรัฐโดยกฎหมาย เป็นหลักการที่ทำให้รัฐต้องผูกพันอยู่กับหลักการพื้นฐานและคุณค่าทางกฎหมาย หลักนิติรัฐเรียกร้องให้รัฐต้องดำเนินการในด้านต่าง ๆ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมอย่างแท้จริงในสังคมและบังคับให้รัฐต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไปพร้อมกัน[60]

ในระบบกฎหมายเยอรมันหลักนิติรัฐมีองค์ประกอบสำคัญสองส่วน คือ องค์ประกอบในทางรูปแบบ และองค์ประกอบในทางเนื้อหา ความเป็นนิติรัฐในทางรูปแบบ คือ การที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมายที่องค์กรของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นหรือที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้ ทั้งนี้เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐ มุ่งประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (legal security) ของบุคคล ส่วนความเป็นนิติรัฐในทางเนื้อหา ก็คือ การที่รัฐประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร โดยกำหนดให้บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพให้มีค่าบังคับในระดับกฎหมายรัฐธรรมนูญ[61]

(ก) องค์ประกอบในทางรูปแบบของหลักนิติรัฐ หลักนิติรัฐในทางรูปแบบประกอบไปด้วยหลักการย่อยๆ หลายประการ ที่สำคัญได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ดังนี้

---

[58] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 55*, น.49.

[59] Rechtsstaat ประกอบขึ้นจากคำสองคำ คือ คำว่า Recht ที่แปลว่า กฎหมาย (ในภาษาเยอรมันคำนี้แปลว่า “สิทธิ” ได้ด้วย) และคำว่า Staat ที่แปลว่า รัฐ.

[60] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 55*, น.49-68.

[61] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เพิ่งอ้าง*, น.49-68.

(1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการนี้กำหนดห้ามไม่ให้มีการรวมศูนย์อำนาจอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่ให้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจ หรือกระจายการใช้อำนาจของรัฐให้องค์กรต่างองค์กรกันหลาย ๆ องค์กรเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐดังกล่าว เพื่อให้เกิดการถ่วงดุลอำนาจและคานอำนาจกัน[62] ทำให้ไม่มีองค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดแต่เพียงองค์กรเดียวเพื่อช่วยเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร โดยการแบ่งแยกอำนาจนี้หมายความรวมถึงการจำกัดอำนาจขององค์กรรัฐด้วย โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญของนิติรัฐจะแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐออกเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร และองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ

(2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการนี้ต้องการให้องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการให้ต้องผูกพันต่อกฎหมาย หมายถึงต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญและบรรดากฎหมายต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอยู่จริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราขึ้น หลักการนี้ยังมีเป้าประสงค์ให้การกระทำขององค์กรนิติบัญญัติต้องผูกพันอยู่กับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในรัฐนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายล่วงกรอบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ได้ หลักการนี้เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย และในกรณีที่การกระทำทางปกครองมีผลก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของราษฎร ย่อมจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการเช่นนั้นได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้ว การกระทำทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตาม **หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ**[63] หรือ **หลักกฎหมายเป็นเงื่อนไขของอำนาจ** ถือเป็นหลักการที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎรที่อยู่ใต้การปกครองของรัฐ เพราะการจำกัดตัดทอนสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจะกระทำได้ต่อเมื่อผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบโดยตรงออกมาเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป

(3) หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่และศาล หลักการนี้กำหนดให้รัฐต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรได้ต่อสู้ป้องกันสิทธิของตนในกระบวนการพิจารณาของรัฐได้อย่างเต็มที่ และในกรณีที่ราษฎรได้ความเสียหายจากการใช้อำนาจมหาชนขององค์กรของรัฐ รัฐจะต้อง

---

[62] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557), น.167-170.

[63] สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร: วิญญชน, 2555), น.227.

เปิดโอกาสให้ราษฎรสามารถฟ้ององค์กรของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตนต่อศาลได้ด้วย ทั้งนี้ กระบวนการพิจารณาที่ได้รับการออกแบบขึ้นจะต้องเป็นกระบวนพิจารณาที่เป็นธรรม (fair) อีกด้วย[64]

(4) หลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม เป็นหลักการที่กำหนดให้รัฐวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันอย่างมีประสิทธิภาพ เอกชนที่พิพาทกันเองต้องมีหนทางในการนำข้อพิพาทนั้นไปสู่ศาล และกฎหมายวิธีพิจารณาคดีในชั้นศาลจะต้องได้รับการออกแบบให้การพิจารณาคดีเป็นไปอย่างรอบด้าน ตลอดจนกำหนดผลผูกพันเด็ดขาดของคำพิพากษาไว้เพื่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย[65]

(ข) องค์ประกอบในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐในทางเนื้อหา[66] มีความประสงค์ว่าการที่รัฐตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับราษฎรนั้น กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่ราษฎรจะเข้าใจได้ ยิ่งไปกว่านั้นระบบกฎหมายจะต้องคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย กล่าวคือ การตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลไม่ว่าในทางใด ๆ ไม่ได้

หลักนิติรัฐในทางเนื้อหายังกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลมีค่าบังคับทางกฎหมายในระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญและถือว่าบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นกฎหมายโดยตรงอีกด้วย บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลตามหลักนิติรัฐที่ปรากฏในเยอรมนีจึงมีสองมิติ คือ มิติแรก สิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็นสิทธิหรืออำนาจที่ปัจเจกบุคคลสามารถยกขึ้นใช้ยันรัฐได้ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน อีกมิติหนึ่ง สิทธิขั้นพื้นฐานย่อมมีฐานะเป็น “กฎหมาย” ที่มีผลผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กรโดยตรง

หลักการสำคัญอีกประการหนึ่งของนิติรัฐในทางเนื้อหา ก็คือ หลักความพอสมควรแก่เหตุที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐจะต้องเป็นไปโดยพอเหมาะพอประมาณเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม ในนิติรัฐ รัฐไม่อาจใช้มาตรการใด ๆ ก็ได้ เพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตนต้องการ การบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมต้องใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่ถูกต้อง พอเหมาะ

---

[64] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 62*, น.166.

[65] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เพิ่งอ้าง*, น.175-178.

[66] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เพิ่งอ้าง*, น.179-181.

พอประมาณด้วย กล่าวคือ การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลรัฐธรรมนูญจะเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติ “กระทำได้เท่าที่จำเป็น” หมายถึงต้องตรากฎหมายให้พอเหมาะพอประมาณนั่นเอง อีกทั้งการใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายหมายนั้นจะต้องเป็นไปตาม หลักความพอสมควร โดยต้องกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลให้ได้รับความเสียหายน้อยที่สุด ในแง่เนื้อหาหลักนิติรัฐยังห้ามการกระทำตามอำเภอใจของรัฐ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยเคารพต่อหลักความเสมอภาค กล่าวคือ เรียกร้องรัฐให้ต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญอย่างเดียวกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน ให้แตกต่างกันออกไปตามสภาพของสิ่งนั้น ๆ ด้วย

3.2.2 หลักนิติธรรม (The Rule of Law)

หลักนิติธรรม (Rule of Law) มีที่มาจากระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษมีหลักคิด คือ มนุษย์ไม่ควรต้องถูกปกครองโดยมนุษย์ แต่ควรจะต้องถูกปกครองโดยกฎหมาย Albert Venn Dicey นักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีบทบาทมากที่สุดคนหนึ่งของประเทศอังกฤษที่มีส่วนช่วยพัฒนาหลักนิติธรรม อธิบายไว้ในตำรากฎหมายชื่อ Introduction to the Study of the Law of the Constitution ตามทัศนะของ Dicey หลักนิติธรรมแสดงออกโดยนัยสำคัญ 3 ประการ[67] คือ (1) ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลตามอำเภอใจ เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายโดยชัดแจ้ง และการลงโทษที่อาจกระทำได้นั้นจะต้องกระทำตามกระบวนการปกติของกฎหมายต่อศาลปกติ (ordinary courts) ของแผ่นดิน (2) ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย ไม่ว่าบุคคลนั้นจะอยู่ในตำแหน่งหรือเงื่อนไขใด ๆ (ไม่ว่าเป็นเจ้าพนักงานของรัฐหรือบุคคลธรรมดา) บุคคลทุก ๆ คนล้วนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน และ (3) หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นผลมาจากคำวินิจฉัยของศาลหรือกฎหมายธรรมดา ไม่ได้เกิดขึ้นจากการรับรองขึ้นเป็นพิเศษโดยรัฐธรรมนูญ แนวคิดพื้นฐานตามทัศนะของ Diecy นี้เองที่ก่อรูปของกรอบแนวคิดของ “หลักนิติธรรม” ของอังกฤษและพัฒนาให้เกิดระบบกฎหมายแบบ Common law ที่เป็นระบบกฎหมายเดียว กล่าวคือ ไม่แยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน และเป็นระบบศาลเดี่ยว คือไม่มีการแยกศาลปกครองออกจากศาลยุติธรรม

---

[67] บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ, (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2560). น.24.

ความแตกต่างของหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรม มีหลายประการ ดังนี้

(1) ความต่างในแง่บ่อเกิดของกฎหมาย

"หลักนิติรัฐ" เป็นหลักการที่เกิดขึ้นในประเทศเยอรมนีอันเป็นประเทศ Civil Law แนวคิดกฎหมายเกิดขึ้นได้จากการตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลมีฐานะเป็นผู้ใช้กฎหมายตามที่รัฐตราขึ้น คำพิพากษาเป็นเพียงแบบอย่างในการปรับใช้กฎหมาย ไม่อาจสร้างกฎหมายขึ้นมาใหม่โดยผลของคำพิพากษาเองได้

ส่วน "หลักนิติธรรม" เกิดขึ้นจากประวัติศาสตร์ทางการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษ เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law อันเป็นที่มาของกฎหมายที่มีบ่อเกิดจากการตัดสินคดีของศาล หลักกฎหมายคอมมอนลอว์มิได้หมายความเฉพาะกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐสภา (Statute Law) เท่านั้น แต่ยังรวมถึงหลักการและแนวทางตัดสินคดีของผู้พิพากษาด้วย (Case Law) ส่งผลให้ระบบกฎหมายของอังกฤษมีลักษณะที่ยืดหยุ่นและสามารถพัฒนาให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา[68]

(2) ความแตกต่างในแง่ของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

หลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล "หลักนิติรัฐ" เป็นการคุ้มครองในระดับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลจะได้รับการรับรองไว้ใน "กฎหมายพื้นฐาน" ซึ่งถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี หลักนี้จะผูกพันองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการในฐานะเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรง กล่าวคือ การตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับนั้น องค์กรนิติบัญญัติมีหน้าที่ในทางรัฐธรรมนูญที่ต้องไม่ตรากฎหมายให้ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน อันจะส่งผลให้กฎหมายที่ตราขึ้นนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ส่วนระบบกฎหมาย Common Law ของประเทศอังกฤษที่ใช้ "หลักนิติธรรม" นั้น ไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้นการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลจึงไม่ได้เป็นการประกันในระดับรัฐธรรมนูญ สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นจะมีค่าเท่ากับกฎหมายธรรมดาที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา และบุคคลจะได้รับการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานโดยองค์กรตุลาการ[69]

(3) ความแตกต่างในแง่การควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมาย

---

[68] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 55*, น.63-64.

[69] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เพิ่งอ้าง*, น.64.

ตาม “หลักนิติรัฐ” การตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติต้องผูกพันตนกับรัฐธรรมนูญ ประเทศที่ใช้หลักนิติรัฐจึงกำหนดให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบและควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ถูกตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ โดยปกติก็คือ ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรตุลาการ ทั้งนี้ศาลรัฐธรรมนูญเองก็ต้องผูกพันตนเองกับรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน

สำหรับ “หลักนิติธรรม” นั้นถือว่ารัฐสภาเป็นรัฏฐาธิปัตย์ ระบบการตรวจสอบและควบคุมการตรากฎหมายจะอยู่ในรูปแบบของการควบคุมทางการเมืองไม่ใช่ทางกฎหมาย กล่าวคือในทางทฤษฎีรัฐสภาสามารถตรากฎหมายอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น ไม่อาจมีกรณีที่รัฐสภาตรากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ ศาลอังกฤษไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เหตุนี้เองอังกฤษจึงไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ[70]

(4) ความแตกต่างในแง่ของการมีศาลปกครองและระบบวิธีพิจารณาคดี

ระบบกฎหมายของอังกฤษไม่มีการแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนออกจากกันจึงไม่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเป็นศาลในอีกระบบหนึ่ง การฟ้องร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้นต้องฟ้องต่อศาลยุติธรรม กล่าวคือ หลักนิติธรรม ถือว่าทั้งราษฎรและองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างตกอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและภายใต้ศาลเดียวกัน

ส่วนระบบกฎหมายของเยอรมนีนั้นแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนออกจากกัน การฟ้องร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองสามารถฟ้องต่อศาลปกครองได้ ซึ่งคดีปกครองจะได้รับการพิจารณาจากศาลใน 3 ระบบศาล คือ ศาลปกครองทั่วไป ศาลภาษี และศาลสังคม ซึ่งแยกเฉพาะไปตามลักษณะคดีปกครองในแต่ละประเภท[71]

(5) ความแตกต่างในแนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ

ตาม “หลักนิติรัฐ” ถือว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการอันเป็นองค์ประกอบสำคัญที่ขาดเสียไม่ได้ โดยการแบ่งแยกอำนาจมีขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันว่าจะไม่มีองค์กรใดองค์กรหนึ่งที่มีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาด และแต่ละองค์กรต้องมีการตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างกัน

---

[70] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เพิ่งอ้าง*, น.64-65.

[71] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เพิ่งอ้าง*, น.65-66.

ส่วนระบบคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษไม่ปรากฏว่ามีการแบ่งแยกอำนาจใน “หลักนิติธรรม” กล่าวได้ว่าประเทศอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวกับองค์ตุลาการ ทั้งหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมต่างมีองค์ประกอบที่ตรงกันอยู่ประการหนึ่ง คือ การยอมรับความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ[72]

ลักษณะร่วมกัน หรือหลักการที่มีร่วมกันของ หลักนิติรัฐ/นิติธรรม

เมื่อศึกษาหลักนิติรัฐ/นิติธรรมในบริบทของกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทย โดยพิจารณาจาก “หลักนิติธรรม” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 26 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญกำหนดให้หลักนิติธรรมเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญในการจำกัดอำนาจรัฐ การใช้อำนาจของรัฐที่ละเมิดหรือฝ่าฝืนหลักนิติธรรมจะส่งผลต่อปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้น แต่เมื่อศึกษาลงไปในเนื้อหาสาระของรัฐธรรมนูญ 2560 กลับพบว่ารัฐธรรมนูญของไทยยอมรับ “หลักความเป็นกฎหมายหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการแบ่งแยกระบบกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชนและแยกระบบศาล ไม่ใช้ระบบศาลเดี่ยวซึ่งถือเป็นเอกลักษณ์ของระบบคอมมอนลอว์ ตลอดจนมีการบัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญไว้ หลักการที่มีพื้นฐานของรัฐธรรมนูญไทยจึงถือว่าได้รับอิทธิพลมาจากกลุ่มประเทศในภาคพื้นยุโรปตามแนวความคิดแบบ “หลักนิติรัฐ” ลักษณะร่วมกันหรือหลักการร่วมกันของ หลักนิติรัฐ/นิติธรรม ดังกล่าวนี้ สรุปเป็นหลักการสำคัญ ดังนี้[73]

(1) แม้จะมีการนำเสนอหลักสำคัญของ หลักนิติรัฐ/นิติธรรม โดยนักคิด นักกฎหมายมหาชนเอาไว้แตกต่างกันไปก็ตาม แต่หลักการร่วมกันนั้นคือ หลักการจำกัดอำนาจรัฐหรือผูกพันต่ออำนาจรัฐ สรุปได้ว่า “หลักนิติรัฐ/นิติธรรม” เป็นหลักที่มีความมุ่งหมายที่จะผูกพันอำนาจไว้กับกฎหมาย หรือการใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปตามกฎหมาย

(2) คำว่า “กฎหมาย” ตามที่รัฐต้องผูกพันในการใช้อำนาจนั้น ย่อมหมายถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายและหลักกฎหมายทั่วไปด้วย (General Principle of Law) ดังนั้นกรณีที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นพื้นฐานของหลักนิติรัฐ/นิติธรรม หลักดังกล่าวย่อมมีสถานะเป็นหลักในระดับรัฐธรรมนูญ

---

[72] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เพิ่งอ้าง*, น.66.

[73] บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 67*, น.25-34.

(3) หลักสำคัญที่เป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐ/นิติธรรม ต้องไม่เป็นไปเพียงข้อที่ต้องการเรียกร้องของกฎหมายที่ดีเท่านั้น แต่ต้องเป็นหลักที่มีความแน่นอนชัดเจนว่าหลักในเรื่องนั้น ๆ มีสาระสำคัญอย่างไร มีกฎเกณฑ์อย่างไร และการละเมิดหรือฝ่าฝืนหลักการดังกล่าวจะมีผลต่อการบังคับใช้กฎหมายนั้น

ซึ่งลักษณะร่วมกันของหลักนิติรัฐ/นิติธรรม ที่เป็นสาระสำคัญนี้สามารถแบ่งออกเป็นหลักการสำคัญอีก 6 ประการ[74] โดยหลักการดังกล่าวนี้ถือเป็น “เกณฑ์” ที่รัฐในสังคมเสรีประชาธิปไตยต้องถือเป็นหลักปฏิบัติต่อประชาชน ถือว่าเป็นหลักนิติรัฐ/นิติธรรมมีฐานะเป็นหลักการที่ใช้จำกัดการใช้อำนาจรัฐ ทั้งนี้ก็เพื่อคุ้มครองให้สังคมในรัฐคงอยู่ได้โดยสงบเรียบร้อย โดยหลักนิติรัฐ/นิติธรรม มีหลักการ คือ (1) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (2) หลักนิติรัฐ/นิติธรรมในฐานะเป็น “เกณฑ์” ในการจัดองค์กรของรัฐ (3) หลักนิติรัฐ/นิติธรรมในฐานะเป็น “เกณฑ์” ในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน (4) หลักนิติรัฐ/นิติธรรมในฐานะเป็น “เกณฑ์” ในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานรัฐ (5) หลักนิติรัฐ/นิติธรรมในฐานะเป็น “เกณฑ์” ในการตรากฎหมาย และ (6) หลักนิติรัฐ/นิติธรรมในฐานะเป็น “เกณฑ์” เกี่ยวกับโทษทางอาญาและความรับผิดทางอาญา ผลที่ตามมาก็คือ หากรัฐละเมิดต่อ หลักนิติรัฐ/นิติธรรม ย่อมเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ

3.3 แนวคิดเรื่องการคุ้มครองบุคคลจากการดักการสื่อสารที่เป็นส่วนตัว

สิทธิความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) เป็นสิทธิตามธรรมชาติของบุคคลอันเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ซึ่งบุคคลสามารถใช้สิทธินี้ตามความต้องการของแต่ละบุคคลโดยที่บุคคลอื่นไม่อาจแทรกแซงหรือขัดขวางการใช้สิทธินี้ได้ไม่ว่าบุคคลคนนั้นจะเป็นเจ้าพนักงานหรือบุคคลธรรมดา โดยที่รัฐมีหน้าที่ต้องให้การรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลภายในรัฐ เนื้อหาในหัวข้อนี้กล่าวถึงสิทธิความเป็นส่วนตัว ในระดับกฎหมายระหว่างประเทศ ความหมายของสิทธิความเป็นส่วนตัว รวมทั้งแนวคิดและมาตรการในการให้การคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว ดังเนื้อหาต่อไปนี้

---

[74] บรรเจิด สิงคะเนติ, *เพิ่งอ้าง*, น.37.

3.3.1 มาตรการรับรองคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

มาตรการรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้รับการพัฒนามากขึ้นนับตั้งแต่สิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 1 และเมื่อมีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ (United Nation) หลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 การให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนถือเป็นวัตถุประสงค์ประการหนึ่งของการดำเนินงานขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งในเวลาต่อมาได้มีตราสารระหว่างประเทศที่กำหนดมาตรการรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

(1) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 (Universal Declaration of Human Right of 1948) วัตถุประสงค์ในการร่างก็เพื่อแสดงถึงสิทธิมนุษยชนโดยทางลายลักษณ์อักษร เพื่อเสนอแนวทางสำหรับการร่างกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศที่จะได้จัดทำขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในภายหลัง แม้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 เป็นเพียงตราสารที่ผ่านการรับรองจากสมัชชาทั่วไปของสหประชาชาติในรูปของการลงมติ จึงไม่มีสถานะเป็นกฎหมายก็ตาม แต่ถือได้ว่าปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 เป็นความพยายามขั้นแรกที่จะทำให้สิทธิมนุษยชนได้กลายเป็นสิทธิตามกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศในอนาคตต่อไป[75]

เนื้อหา[76]ที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 ได้วางหลักการรับรองสิทธิมนุษยชนไว้อย่างมากมาย ได้แก่ รับรองว่ามนุษย์มีสิทธิและเสรีภาพอันเสมอภาคกัน สิทธิที่จะเป็นบุคคลตามกฎหมายมีสิทธิได้รับความคุ้มครองอย่างเสมอภาค สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาทางศาลและการถูกละเมิดสิทธิ สิทธิจะได้รับความเป็นธรรมจากการพิจารณาคดี สิทธิที่จะไม่ถูกแทรกแซงในความเป็นส่วนตัว กรณีนี้ มาตรา 12 ได้บัญญัติรับรองว่ามนุษย์มีสิทธิที่จะไม่ถูกแทรกแซงโดยพลการในความเป็นส่วนตัว ในเคหสถาน หรือในการสื่อสาร นอกจากบทบัญญัติในการรับรองสิทธิมนุษยชนแล้ว ปฏิญญาฯดังกล่าวยังกำหนดหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเหล่านี้ไว้ด้วยในมาตรา 29 ซึ่งบัญญัติว่าบุคคลจะถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ก็ต่อเมื่อการมีการบัญญัติเป็นกฎหมายเท่านั้น และในการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะขัดต่อเจตนารมณ์และหลักการของสหประชาชาติมิได้[77]

---

[75] กุลพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก, (กรุงเทพมหานคร:นิติธรรม, 2547), น.45.

[76] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ, (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2556), น.113-115.

[77] อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, สิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2555), น.101.

(2) อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน[78] (European Convention for the Protection of Human Right and Fundamental Freedoms) อนุสัญญาฉบับนี้มีเนื้อหาครอบคลุมเรื่องสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองอย่างกว้างขวาง แนวคิดสำคัญในอนุสัญญาฉบับนี้ คือ การบัญญัติให้เอกชนฟ้องร้องรัฐว่ารัฐกระทำละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนได้ ซึ่งมีผลให้สิทธิมนุษยชนได้รับการรับรองอย่างแท้จริง มีการกำหนดหลักการให้มีการจัดตั้งศาลสิทธิมนุษยชน (Human Right Court) ทำให้เกิดการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างเป็นรูปธรรม อนุสัญญาฯ ได้วางหลักให้รัฐภาคีประกันว่าจะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลภายในประเทศของตน เพื่อเป็นการประกันว่ารัฐภาคีจะได้ดำเนินการตามอนุสัญญาฯและพิธีสารต่าง ๆ ที่ได้ตกลงไว้ ตัวอย่างของสิทธิมนุษยชนที่อนุสัญญาฯรับรองไว้เช่น สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอาญาและคดีแพ่งอย่างเป็นธรรม หลักการห้ามใช้กฎหมายย้อนหลังหรือเพิ่มโทษย้อนหลัง หลักการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว การเคารพต่อชีวิตครอบครัวและการติดต่อสื่อสาร ฯลฯ เป็นต้น

(3) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 (International Covenant on Civil and Political Rights) ตราสารฉบับนี้มีขึ้นเพื่อส่งเสริมรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน อีกทั้งมีการนำเอาสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติมาทำให้เป็นสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ มีระบบการตรวจสอบโดยองค์การสหประชาชาติ และมีวิธีการดำเนินการอย่างชัดเจนในกรณีที่มีการกล่าวหาว่ารัฐภาคีละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพที่ได้มีการรับรองคุ้มครองไว้ในกติกาดังกล่าว[79]

ทั้งนี้ประเทศไทยได้เข้าเป็นรัฐภาคี และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 30 มกราคม พ.ศ.2540 โดยมีหลักการเกี่ยวกับเนื้อหา ดังนี้

(ก) หลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่สำคัญในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 มีหลักการที่สำคัญ[80]คือ การกำหนดให้รัฐภาคีต้องบัญญัติกฎหมายหรือมาตรการทางนโยบาย อีกทั้งตราสารฯฉบับนี้ยังได้รับรองสิทธิมนุษยชนต่าง ๆ ยกตัวอย่างเช่น การรับรองว่าบุคคลมีสิทธิเสรีภาพและความมั่นคงแห่งบุคคล การห้ามมิให้มีการ

---

[78] จรัญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน, (กรุงเทพมหานคร:นิติธรรม, 2556), น.468.

[79] กุลพล พลวัน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 78*, น.84.

[80] กุลพล พลวัน, *เพิ่งอ้าง*, น.90-91.

แทรกแซงในเรื่องสิทธิในความเป็นส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน หรือจดหมายโต้ตอบโดยมิชอบด้วยกฎหมาย การรับรองว่าบุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันในศาลและมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรมและเปิดเผย เป็นต้น

(ข) วิธีสบัญญัติเพื่อบังคับรัฐภาคีให้ดำเนินการตามข้อตกลงในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 โดยมีการบัญญัติให้จัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (The Human Rights Committee) มีหน้าที่รับผิดชอบตรวจสอบและพิจารณารายงานซึ่งเสนอโดยรัฐภาคี และมีหน้าที่รับเรื่องราวร้องทุกข์จากการร้องเรียนโดยเอกชน[81]ซึ่งอ้างว่าตนเป็นผู้ละเมิดสิทธิตามที่กำหนดไว้ในกติกาดังกล่าวโดยรัฐภาคี

จะเห็นได้ว่าหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศต่าง ๆ ได้ให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยไม่มีการบัญญัติหลักการเพื่อรับรองสิทธิมนุษยชนเพื่อให้ประเทศภาคีต้องถือตามและนำหลักการเหล่านี้ไปบังคับใช้ให้เป็นรูปธรรม รัฐซึ่งเป็นภาคีเช่นประเทศไทยจึงมีพันธกรณีระหว่างประเทศที่ต้องเคารพต่อหลักการดังกล่าว เมื่อใดที่กฎหมายภายในกำหนดวิธีการหรือมาตรการใดขึ้นเพื่อจะจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานแล้ว จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาถึงเงื่อนไขวัตถุประสงค์ ขอบเขต และวิธีการของกฎหมายนั้น ๆ อย่างรอบคอบอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

3.3.2 แนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว และมาตรการในการให้คุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว

(ก) ความหมายของสิทธิความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy)

สิทธิความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) หมายถึง สิทธิที่จะอยู่ตามลำพัง (Right to be let alone) โดยปลอดจากการแทรกสอดในความเป็นส่วนตัวที่ทำให้ได้รับความอับอาย เดือดร้อน รำคาญใจ หรือนำภาพหรือชื่อไปใช้ประโยชน์ในทางแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ[82] โดยเราสามารถแบ่งประเภทของสิทธิความเป็นส่วนตัวได้ ดังนี้

---

[81] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 76*, น.250.

[82] กุลพล พลวัน, “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวกับการคุ้มครองตามกฎหมายไทย”. [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 13 กุมภาพันธ์ 2562. แหล่งที่มา : www.stat.ago.go.th/บทความลงเว็บ/บทที่%2016.htm.

1) ความเป็นส่วนตัวเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลหรือข้อมูลส่วนตัว (Information Privacy) เป็นสิทธิความเป็นส่วนตัวประการหนึ่งที่บุคคลอื่นจะล่วงรู้หรือเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวมิได้เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าของข้อมูลเสียก่อน[83]

2) ความเป็นส่วนตัวเกี่ยวกับเนื้อตัวและร่างกาย (Bodily Privacy) หรือความเป็นส่วนตัวในชีวิตร่างกาย เป็นสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองการล่วงละเมิดทางกายภาพ

3) ความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสาร หรือสิทธิความเป็นส่วนตัวทางการสื่อสาร (Privacy of Communication) เป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองมิให้ละเมิดจากการแทรกแซงของผู้อื่น กล่าวคือ การพูดคุย การสนทนาทางโทรศัพท์ และการสื่อสารผ่านทางเครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์อย่างเป็นอิสระ ปลอดภัย และปราศจากการแทรกแซง

4) ความเป็นส่วนตัวในการอยู่หรือพักอาศัย (Territorial Privacy) เป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองไม่ให้ถูกรุกล้ำพื้นที่ส่วนตัวหรือพื้นที่ส่วนบุคคล

เห็นได้ว่า สิทธิความเป็นส่วนตัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสาร[84] (Privacy of Communication) จึงเป็นสิทธิที่ต้องได้รับการคุ้มครองและเคารพในสิทธิ บุคคลใด ๆ ย่อมหวงกันต่อสิทธิดังกล่าวจากบุคคลอื่นในการเข้าแทรกแซงในการติดต่อสื่อสาร ดังนั้น การที่จะให้ความคุ้มครองบุคคลจากการดักฟังการสื่อสารไม่ว่าในทางใด จึงถือเป็นการกำหนดมาตรการอย่างหนึ่งขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองต่อสิทธิดังกล่าวนั่นเอง

(ข) มาตรการในการให้ความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว

เนื่องจากสิทธิความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่สำคัญที่สุดประการหนึ่ง ประเทศภาคีแต่ละประเทศมีพันธกรณีในการตรากฎหมายขึ้นเพื่อรับรองและคุ้มครองมิให้สิทธิดังกล่าวถูกแทรกแซงไม่ว่าจะเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัวในครอบครัว เคหสถาน และการติดต่อสื่อสารกับบุคคลอื่น ฯลฯ โดยความคุ้มครองนี้บุคคลใด ๆ ย่อมไม่อาจละเมิดได้ไม่ว่าการแทรกแซงดังกล่าวจะเกิดขึ้นโดยการกระทำของหน่วยงานของรัฐ หรือปัจเจกบุคคลด้วยกันเองก็ตาม ซึ่งปัจจุบันมีตราสารระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ได้กำหนดการรับรองคุ้มครองไว้

---

[83] บรรเจิด สิงคะเนติ ,นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์ ,เรวดี ขวัญทองยิ้ม, ปัญหาและมาตรการทางกฎหมายในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัว(Right to privacy). (กรุงเทพมหานคร:สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2554), น.6.

[84] บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 83*, น.7.

ได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 โดยที่ตราสารระหว่างประเทศเหล่านี้กำหนดให้การเข้าแทรกแซงต่อสิทธิดังกล่าวถือเป็นข้อยกเว้นที่รัฐภาคีจะกระทำได้ต่อเมื่อมีเหตุผลความจำเป็น กล่าวคือ [85]การที่รัฐจะเข้าไปแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวโดยชอบด้วยกฎหมาย รัฐอาจกระทำได้โดยการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับอาศัยเหตุผลเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของส่วนรวมหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งกรณีดังกล่าวรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 ฉบับปัจจุบัน มาตรา 26[86] ก็ได้รับรองอำนาจนี้ไว้เช่นกัน

3.3.3 แนวคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต และการได้มาซึ่งข้อมูลในการกระทำความผิด

แนวคิดและแนวทางการพัฒนาการใช้มาตรการการดักการสื่อสารทางโทรคมมาคมและการได้มาซึ่งข้อมูลการกระทำความผิด มีที่มาจากการที่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของนานาประเทศต่างต้องการสืบสวนสอบสวนการกระทำความผิดที่จะเกิด หรือที่เกิดขึ้นแล้ว[87] เพื่อป้องกันอาชญากรรมร้ายแรงและรักษาความสงบเรียบร้อยให้เกิดขึ้นภายในประเทศ รัฐจึงจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานของรัฐสามารถใช้มาตรการทางกฎหมาย ซึ่งการใช้มาตรการเช่นนี้ย่อมหลีกไม่พ้นที่อาจมีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลในความเป็นส่วนตัวและการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่ส่งต่อหรือติดต่อถึงกัน แต่ขณะเดียวกันรัฐก็มีหน้าที่ต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดมากจนเกินขอบเขต โดยในหัวข้อนี้จะเทียบเคียงแนวคิดและพัฒนาการ

---

[85] บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, *เพิ่งอ้าง*, น.6.

[86] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 26 บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้ด้วย”

วรรคสอง บัญญัติว่า “กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”.

[87] การตรวจสอบและถ่วงดุลการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 (น.13), โดย ธนชัย นักสอน, (2552), (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต) กรุงเทพมหานคร:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับการดักฟังการกระทำความผิด หรือดักรับข้อมูลการกระทำความผิด อันเป็นหลักการดั้งเดิมของการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวที่มีวิวัฒนาการมายาวนาน รวมทั้งคำพิพากษาของศาลต่างประเทศซึ่งมีความก้าวหน้าเรื่องการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ดังนี้

ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งอยู่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่สำคัญอย่างมากประเทศหนึ่ง เริ่มแนวคิดนี้ตั้งแต่ปี ค.ศ.1928 ในคดี Olmstead v. United States[88] โดยศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มครั้งที่ 4 เกี่ยวกับการเข้าแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวโดยวิธีการดักฟังทางโทรศัพท์นอกบ้านพักของจำเลย (tapping the telephone wires) เป็นครั้งแรกว่าการที่รัฐบาลกลางกระทำการดักฟังการสนทนาโดยปราศจากหมายค้นของศาลด้วยอุปกรณ์บนสายโทรศัพท์นอกบ้านจำเลยว่า การดักฟังดังกล่าวไม่ใช่การค้นหรือยึดในความหมายของรัฐธรรมนูญ โดยศาลสูงสหรัฐอเมริกาให้เหตุผลว่า ไม่มีการค้นสถานที่เพราะเจ้าพนักงานของรัฐบาลกลางดักฟังโดยปราศจากการเข้าไปในเคหสถาน หรือที่ทำงานของจำเลย และวินิจฉัยว่าเจ้าพนักงานกระทำชอบด้วยกฎหมายแล้ว แนวคำวินิจฉัยนี้คงอยู่มาอีก 40 ปี จนกระทั่งปี ค.ศ.1967 ในคดี Katz v. United States[89] ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้กลับแนวคำวินิจฉัยให้แตกต่างไปจากคดี Olmstead โดยวินิจฉัยว่า การที่เจ้าพนักงานของรัฐกระทำไปโดยไม่มีหมายค้นของศาล โดยทำการติดตั้งอุปกรณ์การฟัง (Listening Device) ไว้ด้านนอกตู้โทรศัพท์สาธารณะเพื่อบันทึกการสนทนาของจำเลย กระทำของเจ้าพนักงานโดยไม่มีหมายศาลดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขัดรัฐธรรมนูญ โดยตีความว่า บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 มุ่งเน้นคุ้มครองบุคคล กล่าวคือ มุ่งคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right of Privacy) มิใช่คุ้มครองสถานที่และยังขยายความคุ้มครองไปยังสถานที่ใด ๆ ที่ปัจเจกบุคคลมีเหตุผลในการคาดหวังความเป็นส่วนตัวอีกด้วย (reasonable expectation of privacy) จนกระทั่งต่อมาอีกหนึ่งปีให้หลังสภานิติบัญญัติออกกฎหมาย Omnibus Crime Control and Safe Street Act 1968 ว่าด้วยเรื่องการดักฟังการติดต่อสื่อสารโดยตรงและผ่านทางสายซึ่งถือว่าการดักฟังทางโทรศัพท์และการได้มาซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้ในภาครัฐถือเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการสืบสวนสอบสวนการกระทำความผิดทางอาญาทางหนึ่ง

---

[88] Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, (1928), Retrived October 1, 2008, from http://.law.cornell.edu.

[89] Katz v. United States, 389 U.S. 347, (1967), Retrived February 14, 2019, from http://.law.cornell.edu.

ในส่วนของประเทศเยอรมนีซึ่งเป็นประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ซึ่งเป็นประเทศที่มีระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทย โดยในปี ค.ศ.1968 ประเทศเยอรมนีเริ่มมีแนวคิดเรื่องการดักการสื่อสารโทรคมนาคม[90] โดยมีการอนุญาตให้ใช้การดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์เพื่อการสืบสวนการกระทำความผิดอาญาสำคัญ มาตรการดังกล่าวจะอนุญาตให้กระทำได้เฉพาะในอาชญากรรมสำคัญที่กำหนดไว้ เช่น ความผิดฐานค้ามนุษย์ การปลอมแปลงเงินตรา คดีฆาตกรรม ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ จับตัวเรียกค่าไถ่ การค้าทรัพย์ที่ถูกโจรกรรม (ซึ่งคล้ายคลึงกับรับของโจรของไทย) ความผิดฐานฟอกเงิน กฎหมายเกี่ยวกับอาวุธปืน และความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด[91] ทั้งนี้ กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้เฉพาะในการช่วยการสืบสวนเมื่อกรณีตามปกติเป็นไปไม่ได้ หรือเป็นไปได้ยากที่จะค้นหาความจริง หรือหาตัวผู้ต้องสงสัยในการกระทำความผิด โดยการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมของประเทศเยอรมนีทำได้ทั้งกับผู้ต้องสงสัยในการกระทำความผิด หรือผู้ทำการแทนในนามผู้กระทำความผิด ผู้นำส่งข้อมูลข่าวสาร โดยประการสำคัญตามกฎหมายแล้วการใช้มาตรการดังกล่าวต้องมีคำสั่งของศาล โดยข้อมูลที่ได้มาต้องใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการเป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดของจำเลยในศาลเท่านั้น และต้องทำลายข้อมูลนั้นเมื่อไม่มีความจำเป็นต้องใช้ข้อมูลนั้นในการดำเนินคดี

ในส่วนของประเทศฝรั่งเศสซึ่งถือเป็นประเทศในระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) เช่นเดียวกันกับประเทศไทย เริ่มแนวคิดเรื่องการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาม(ทางโทรศัพท์) เมื่อปี ค.ศ.1974 ภายหลังจากได้ให้สัตยาบันอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950 ซึ่งการรับรองสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล ประเทศฝรั่งเศสก็บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958 มาตรา 55[92] ต่อมาได้เกิดปัญหาในการตีความขึ้นในคดี Kruslin ระหว่างศาลฝรั่งเศส กับศาลยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

---

[90] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100a (StPO).

[91] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100a II (StPO):กรณีต้องเป็นฐานความผิดตามที่ปรากฏในมาตรานี้เท่านั้น เจ้าพนักงานของรัฐจึงจะมีอำนาจในการใช้มาตรการดักการสื่อสารทางโทรคมนาคม.

[92] รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958 มาตรา 55 บัญญัติว่า “สนธิสัญญาหรือความตกลงใด ๆ ที่ได้รับการให้สัตยาบัน หรือโดยความเห็นชอบ เมื่อได้ประกาศโฆษณาแล้วย่อมมีผลบังคับสูงกว่ารัฐบัญญัติ ทั้งนี้ เมื่อภาคีอีกฝ่ายหนึ่งได้ปฏิบัติตามสนธิสัญญาหรือความตกลงนั้น ๆ เช่นเดียวกัน”.

โดยคดีนี้ ผู้พิพากษาไต่สวน[93] (Le Juge d'instruction) แห่งเมือง Sain-Gaudens ได้มอบหมายให้เจ้าหน้าที่ตำรวจยุติธรรม (L'officier de police judiciaire) สอบสวนคดีฆาตกรรม โดยให้เจ้าหน้าทำการดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคลที่ใช้เครื่องโทรศัพท์ ต่อมาได้มีการใช้ข้อมูลที่ได้จากดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์มาดำเนินคดีกับนาย Kruslin ในท้ายที่สุดนาย Kruslin ได้ยื่นฟ้องต่อศาลยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เพื่อให้พิจารณาว่ากฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสขัดต่ออนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

ศาลยุโรปพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส ถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจผู้พิพากษาไต่สวน หรือเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรมที่ได้รับมอบอำนาจให้ทำการดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ระหว่างบุคคลเพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือเพื่อพิสูจน์ความผิดและเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ โดยหลักกฎหมายดังกล่าวสอดคล้องกับหลักการปกครองโดยกฎหมายทุกประการ กล่าวคือ บุคคลทั่วไปสามารถรับรู้ได้ มีความแน่นอนชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้ปัจเจกบุคคลคาดหมายได้ล่วงหน้าว่ากรณีเป็นเช่นไรและภายในเงื่อนไขใด แต่ในประการสำคัญศาลยุโรปยังได้วางหลักต่อไปอีกว่ากฎหมายดังกล่าวยังขาดหลักประกันที่สำคัญอยู่บางประกัน ดังนี้[94]

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือคำพิพากษาไม่ได้กำหนดประเภทของบุคคลที่อาจถูกดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ และไม่ได้กำหนดประเภทความผิดที่อาจใช้มาตรการดังกล่าวไว้ ดังนั้น จึงเป็นการเปิดช่องให้มีการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ไว้อย่างกว้างขวางจนเกินไป

(2) บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือคำพิพากษาไม่ได้กำหนดระยะเวลาขั้นสูงที่จะทำการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคลเอาไว้ และ

(3) บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือคำพิพากษาไม่ได้กำหนดเงื่อนไขของการถ่ายการสนทนาเป็นลายลักษณ์อักษร มาตรการรักษาสิ่งบันทึกการสนทนา เพื่อป้องกันการตัดต่อหรือทำให้เสียลักษณะดั้งเดิมเอาไว้ ในทำนองเดียวกันกฎหมายฝรั่งเศสก็มิได้กำหนดให้มีการลบ หรือทำลายสิ่งบันทึกการสนทนาเมื่อหมดความจำเป็นต้องใช้เอาไว้

---

[93] อุทัย อาทิเวช, รวมบทความกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร:ห้างหุ้นส่วนจำกัด วี.เจ.พริ้นติ้ง, 2557), น.238-245.

[94] ECHR Case Kruslin v France, Application no. 11801/85, From https://hudoc.echr.coe.int/eng.

ด้วยเหตุผลดังกล่าวศาลยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานจึงมีคำตัดสินว่ากฎหมายฝรั่งเศสดังกล่าวยังไม่สอดคล้องกับ อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950 อันเป็นที่มาที่ทำให้ประเทศฝรั่งเศสทำการตรารัฐบัญญัติเลขที่ 91-646[95] ลงวันที่ 10 กรกฎาคม 1991 เป็นกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมขึ้น โดยมีเนื้อหาว่า ความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย องค์กรของรัฐจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบกระเทือนต่อความลับของการสื่อสารถึงกันได้ก็เฉพาะแต่ในกรณีที่จำเป็นแก่การดำรงไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ และภายในขอบเขตที่กำหนดไว้ในกฎหมายเท่านั้น

3.3.4 แนวคิดว่าด้วยการตรวจสอบอำนาจรัฐในการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต

แนวคิดของทฤษฎีรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของนักวิชาการชาวอเมริกันศาสตราจารย์เฮอร์เบิร์ต แพคเกอร์ (Herbert L. Packer)[96] เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปได้แก่ แนวคิดเรื่อง “Two Model of the Criminal Procedure” ในหัวข้อนี้จะได้อธิบายถึงหลักการของแนวคิดดังกล่าวพอสังเขป โดยรายละเอียดของแนวคิดนี้จะปรากฏอยู่ในหัวข้อ 3.5.2 ซึ่งศาสตราจารย์แพคเกอร์ได้เสนอว่าการจัดรูปแบบการดำเนินคดีอาญาอาจแบ่งเป็น 2 รูปแบบใหญ่ ๆ คือ รูปแบบแรกที่เน้นหนักในเรื่องการควบคุมอาชญากรรมเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม (Crimes Control) ส่วนรูปแบบที่สองมุ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่ออำนวยความยุติธรรมให้เกิดขึ้นต่อปัจเจกบุคคล แม้ว่าแนวคิดทั้งสองรูปแบบนี้จะแตกต่างกันแต่เป้าหมายนั้นตรงกัน กล่าวคือ มุ่งที่จะรักษาความสงบเรียบร้อย และความปลอดภัยของสังคมส่วนรวม เพียงแต่วิถีทางที่นำไปสู่เป้าหมายนั้นแตกต่างกัน ซึ่งทั้งสองแนวคิดนี้วัตถุประสงค์สุดท้ายอย่างเดียวกันก็คือ การทำให้กระบวนการทางอาญาสามารถคุ้มครองผู้บริสุทธิ์ และในขณะเดียวกันก็สามารถเอาผู้กระทำผิดมาลงโทษ อันทำให้สังคมโดยรวมเกิดความสงบเรียบร้อย[97]

จากแนวคิดในการยอมรับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะไม่ถูกกระทบกระเทือนจากการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่มีอำนาจตามกฎหมายอย่างไม่เป็นธรรม ทำให้เกิดวิวัฒนาการทางความคิดที่

---

[95] Retrived October 10, 2008, from https://www.legifrance.gouv.fr.

[96] Herbert Packer. (1968). The Limit of The Criminal Sanction. (California:Stanford University Press.), (pp. 149-173).

[97] อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, ทฤษฎีอาญา, (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2556), น.112-113.

ทำให้สังคมยอมรับและเคารพสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ของปัจเจกบุคคลจนกระทั่งผลักดันให้เกิดบทบัญญัติที่ใช้เป็นหลักสากลในเวลาต่อมา แต่อย่างไรก็ตามก็มิได้หมายความว่าสิทธิเสรีภาพดังกล่าวของบุคคลนั้นจะใช้ได้อย่างเต็มที่ เพราะในสังคมที่เจริญแล้วเป็นที่ยอมรับว่ามีความจำเป็นโดยรัฐสามารถใช้อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยในลักษณะที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในด้านต่าง ๆ ของประชาชนได้ เช่น การที่รัฐใช้อำนาจในการจับกุม การค้น และการดักฟังการสื่อสารทางโทรคมนาคม เป็นต้น โดยรัฐจะกระทำการดังกล่าวได้ก็แต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น กฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการดักฟังการสื่อสารทางโทรคมนาคมนั้นจะต้องมีการบัญญัติให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบและถ่วงดุล ซึ่งต้องเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการอนุญาตให้เจ้าพนักงานใช้มาตรการดังกล่าวได้ โดยองค์กรที่ได้รับการยอมรับว่ามีความเป็นภาวะวิสัยในการใช้ดุลพินิจพิจารณาให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ที่จะละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้แก่ ศาลยุติธรรม ซึ่งถือเป็นแนวคิดที่ให้มีการตรวจสอบจากองค์กรภายนอก[98] (Accountability) ที่กระทำโดยไม่มีส่วนได้เสียกับเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมาย ย่อมเป็นการกลั่นกรองคำร้องขอ และอนุมัติให้มีการใช้มาตรการนั้นได้

วิธีการที่จะทำให้หลักนิติรัฐ หรือหลักการปกครองโดยยึดหลักกฎหมายอันเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชน และเพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าพนักงานของรัฐอย่างมีประสิทธิภาพ ก็คือ การทำให้ขั้นตอนการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทุกขั้นตอนนั้นโปร่งใส[99] (Transparency) ทั้งนี้ก็เพื่อที่จะนำไปสู่การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยองค์กรภายนอกฝ่ายบริหาร หรือที่เรียกว่า การตรวจสอบจากภายนอก (Accountability) ซึ่งก็ได้แก่การที่กฎหมายกำหนดให้ศาลหรือผู้พิพากษาเป็นผู้มีอำนาจอนุญาตให้มีมาตรการบังคับทั้งก่อนและหลังจากการใช้มาตรการเช่นว่านั้นเสร็จสิ้นลงแล้ว

แนวคิด “การตรวจสอบจากภายนอก”[100] (Accountability) โดยหลักแล้วเป็นไปเพื่อให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานในการดำเนินคดีอาญาเป็นไปอย่างถูกต้อง โปร่งใส และเป็นไปอย่างมีภาวะวิสัยที่สุดเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล เนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับการดักการสื่อสาร

---

[98] คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2555), น.267.

[99] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับอ้างอิง, (น. 543), โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, (2549), กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน.

[100] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 98*, น.267.

โทรคมนาคม ย่อมทำให้มีการผสมผสานระหว่างการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการถูกลอบดักการสื่อสารอันเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) กับการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานรัฐในการใช้มาตรการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลที่จำเป็นเพื่อป้องกันอาชญากรรมและสืบสวนคดีที่มีการกระทำความผิด โดยเนื้อหาของกฎหมายต้องกำหนดเงื่อนไขที่ทำให้มาตรการเช่นว่านี้ไม่ให้กระทบกระเทือนเสรีภาพของบุคคลโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร โดยมาตรการดังกล่าวจะถูกนำมาใช้ก็ต่อเมื่อรัฐเห็นว่าจะเป็นการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ รักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม รักษาความปลอดภัยของชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของประชาชน และใช้ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดอาญาที่มีผลร้ายแรงต่อสังคม กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ต้องเป็นมาตรการสุดท้ายเมื่อรัฐไม่อาจแสวงหาข้อมูลข่าวสารเพื่อคุ้มครองรักษาคุณค่าดังกล่าวข้างต้นโดยวิธีการตามปกติของการสืบสวนสอบสวนอื่น ๆ

กล่าวโดยสรุป แนวคิดที่ให้องค์กรภายนอกที่ไม่ได้มีส่วนได้เสียกับเจ้าพนักงานของรัฐเป็นผู้บังคับใช้มาตรการ ส่งผลให้มีการกลั่นกรองคำร้องขอและอนุญาตให้ใช้มาตรการ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้มาตรการของเจ้าพนักงานเป็นไปอย่างรอบคอบและล่วงละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด และท้ายสุดก็คือ เมื่อกระบวนการในการใช้มาตรการบังคับเหล่านี้ชอบด้วยกฎหมายย่อมส่งผลให้ข้อมูลต่าง ๆ ที่ได้มาจากการใช้มาตรการสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดได้

3.4 หลักการค้นหาความจริงในคดีอาญา

การที่รัฐจะมีหลักการดำเนินคดีอาญาที่จะอำนวยความยุติธรรมให้เกิดขึ้นจริงได้ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีหลักกฎหมายที่จะใช้กำกับการดำเนินคดีที่ดีและมีประสิทธิภาพ ซึ่งย่อมค้นหาหลักกฎหมายหรือหลักการเช่นว่านี้ได้โดยการศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความอาญาอย่างถ่องแท้ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หมายถึง “กฎหมายที่ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการค้นหาความจริงอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดและการนำตัวผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายอาญามาดำเนินการพิจารณาและลงโทษตามบทบัญญัติของกฎหมาย”[101] กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดอำนาจหน้าที่เจ้าพนักงานของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อย และต้องมุ่งหมายที่

[101] ณรงค์ ใจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร:วิญญชน, 2556), น.15.

จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย ซึ่งถือได้ว่าเป็นคุณลักษณะสำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนี้ การรักษาความสงบเรียบร้อยกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะต้องกระทำอย่างสมดุลกัน ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงหลักการในการดำเนินคดีอาญา ตั้งแต่ระบบการดำเนินคดีอาญา หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายและหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ โครงสร้างของการดำเนินคดีอาญา รวมทั้งหลักการสอบสวนคดีอาญา ดังต่อไปนี้

3.4.1 ระบบการดำเนินคดีอาญา

ในทางทฤษฎีระบบการดำเนินคดีอาญา แบ่งออกเป็น 2 ระบบ คือ ระบบไต่สวน (Inquisitorial System) และระบบกล่าวหา (Accusatorial System) ดังนี้

(1) ระบบการดำเนินคดีอาญาแบบไต่สวน (inquisitorial system) เป็นการค้นหาความจริงแบบดั้งเดิมที่มองว่าการกระทำความผิดอาญาเป็นการกระทำผิดต่อรัฐ รัฐจึงมีหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงที่จะดำเนินการแสวงหาพยานหลักฐานและดำเนินการลงโทษ วิธีพิสูจน์พยานหลักฐานไม่มีหลักเกณฑ์เคร่งครัดเนื่องจากมุ่งเอาผลที่ได้รู้ความเท็จความจริงมากกว่า โดยระบบนี้จะไม่ยอมให้เอกชนฟ้องร้องกันเอง ระบบไต่สวนเป็น การดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ[102] (public prosecution) ที่เกิดขึ้นก่อน จากนั้นจึงได้มีการปรับปรุงการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐโดยระบบไต่สวนให้มีความเป็นธรรมขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับการพัฒนาของหลักสิทธิมนุษยชน

เดิมการดำเนินคดีในระบบไต่สวนไม่มีการแยก “หน้าที่สอบสวนฟ้องร้อง” และ “หน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี” ออกจากกัน หากมีแต่เพียงผู้ไต่สวนคือศาลหรือผู้พิพากษาเป็นผู้ดำเนินคดีเองทั้งสิ้น ผู้ถูกไต่สวนแทบไม่มีสิทธิอะไรเลยเป็นเพียง วัตถุ (Object) แห่งการถูกซักฟอกในคดีเท่านั้น กล่าวคือ เป็น กรรมในคดี[103] (procedural object) โดยการดำเนินคดีอาญาระบบไต่สวนถือว่าเป็นการนำแนวคิดที่รัฐเป็นผู้รักษาความสงบเรียบร้อยมาใช้อย่างมาก เพราะระบบนี้รัฐใช้อำนาจอย่างผูกขาดไว้เพียงผู้เดียว ผู้เสียหายซึ่งเป็นประชาชนไม่มีสิทธิในการฟ้องร้อง

---

[102] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 98*, น.65.

[103] คณิต ณ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น.61.

สำหรับประเทศไทย ก่อนการใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญามีโทษสำหรับใช้ไปพลางก่อน รัตนโกสินทร์ศก 115 การดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยก็ใช้ระบบไต่สวนเช่นเดียวกันอันได้แก่การใช้วิธีพิจารณาจารีตนครบาล

(2) ระบบการดำเนินคดีอาญาแบบกล่าวหา (accusatorial system) เป็นระบบการค้นหาความจริงที่แก้ไขข้อบกพร่องของระบบไต่สวน เป็นการดำเนินคดีอาญาที่มีการแยก “หน้าที่สอบสวนฟ้องร้อง” และ “หน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี” ออกจากกัน ให้องค์กรในการดำเนินคดีอาญาที่แยกต่างหากจากกันเป็นผู้ทำหน้าที่ และยกฐานะของผู้ถูกกล่าวหาจากการเป็นกรรมในคดี (procedural object) ขึ้นเป็น ประธานในคดี[104] (procedural subject) กล่าวคือ ผู้ถูกกล่าวหามีสิทธิต่าง ๆ มีการเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ และห้ามการดำเนินกระบวนพิจารณา (procedural act) ที่มิชอบ

ระบบนี้ศาลเป็นองค์กรที่มีหน้าที่รับผิดชอบการพิจาณาพิพากษาคดี ส่วนการสอบสวนฟ้องร้องก็ให้องค์กรในการดำเนินคดีอาญาที่จัดตั้งขึ้นใหม่เรียกว่า องค์กรอัยการ เป็นผู้ดำเนินการ ส่วนพนักงานตำรวจเป็นผู้ช่วยเหลือในคดี ถือว่าการสอบสวนฟ้องร้องเป็นกระบวนการเดียวกันไม่อาจแบ่งแยกจากกันได้ โดยระบบนี้ศาลจะวางตัวเป็นกลาง (passive) คือเพียงเป็นผู้ควบคุมความถูกต้องของกระบวนพิจารณาและวินิจฉัยความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานและพิพากษาคดีเท่านั้น ส่วนคู่ความจะมีฐานะเท่าเทียมกัน มีหน้าที่นำพยานหลักฐานมาสนับสนุนข้ออ้างของฝ่ายตนเอง ต่างฝ่ายต่างต้องระวังรักษาผลประโยชน์ของตนเอง

วิวัฒนาการของการดำเนินคดีอาญาทั้งในระบบไต่สวนและระบบกล่าวหาในปัจจุบันนักกฎหมายพบว่าทั้งสองระบบก็ต่างมีข้อบกพร่องอยู่ในตัวเอง และต่างมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบกพร่องเรื่อยมาจนกระทั่งปัจจุบันระบบทั้งสองเริ่มคลี่คลายเข้าหากัน โดยนักกฎหมายฝรั่งเศสมองว่า ปัจจุบันระบบการดำเนินคดีในแต่ละประเทศนั้นไม่มีระบบกล่าวหาหรือไต่สวนบริสุทธิ์อีกต่อไปแล้ว แม้แต่ละระบบจะยังคงลักษณะเฉพาะที่ตกทอดทางประวัติศาสตร์ในระบบจารีตประเพณีหรือได้อิทธิพลของระบบวิธีพิจารณาความอาญาของระบบประมวลกฎหมายที่เป็นแม่แบบ (Model law) อยู่ก็

[104] คณิต ณ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น.62.

ตาม ต่างก็นำข้อดีของแต่ละระบบมาประยุกต์ให้เข้ากับการบริหารกระบวนการยุติธรรมของตน[105] เช่น ในประเทศที่มีวิธีพิจารณาความอาญาแบบไต่สวนอย่างประเทศฝรั่งเศสก็ได้มีการนำเอาระบบลูกขุนของอังกฤษมาใช้ในศาลลูกขุน (La cour d'assises) ใน ค.ศ.1789 หลังปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสเพื่อลดอำนาจของผู้พิพากษาอาชีพลง และฝรั่งเศสรวมถึงอิตาลีได้นำมาตรการต่อรองคำรับสารภาพ (Plea bargaining) ของระบบอเมริกันมาประยุกต์ใช้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินคดีอาญาของตน ส่วนในประเทศอังกฤษซึ่งถือเป็นแม่แบบของระบบกล่าวหาก็ได้นำการดำเนินคดีในชั้นก่อนพิจารณาอันเป็นลักษณะสำคัญของระบบไต่สวนที่มีพนักงานอัยการเป็นผู้รับผิดชอบการสอบสวนฟ้องร้องมาประยุกต์ใช้กับวิธีพิจารณาความอาญาอังกฤษ ทั้งนี้โดยการจัดตั้งสำนักงานอัยการสูงสุด (Crown Prosecution Service / CPS) ทำหน้าที่กลั่นกรองคดีว่ามีพยานหลักฐานเพียงพอจะฟ้องคดีอาญาต่อศาลหรือไม่ ตั้งขึ้นใน ค.ศ.1985 โดยก่อนหน้านั้นการฟ้องร้องคดีทั้งหมดของอังกฤษจะอยู่ภายใต้อำนาจของพนักงานสอบสวนซึ่งเป็นตำรวจ เป็นต้น

3.4.2 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ

หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (Public Prosecution) เป็นหลักการดำเนินคดีอาญาที่เกิดขึ้นใหม่ เดิมการดำเนินคดีอาญาเป็นเรื่องของเอกชนที่ตกเป็นผู้เสียหายหรือเรียกว่า "หลักการดำเนินคดีอาญาโดยเอกชน" (Private prosecution) นอกจากนี้ยังมี "หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน" (Popular prosecution) อันเป็นหลักการดำเนินคดีดั้งเดิมของประเทศอังกฤษซึ่งถือว่าการรักษาความสงบเรียบร้อยเป็นหน้าที่ของประชาชนทุกคน ประชาชนทุกคนจึงฟ้องคดีอาญาได้โดยไม่ต้องเป็นผู้เสียหาย โดยการดำเนินคดีใช้หลักการต่อสู้ระหว่างคู่ความเหมือนการดำเนินคดีแพ่ง แต่ในทางปฏิบัติแล้วส่วนมากตำรวจอังกฤษจะดำเนินคดีขึ้นมาก่อนภายใต้การควบคุมของ "Director of Public Prosecutions" (D.P.P)[106] แต่ในปัจจุบันเมื่อปี ค.ศ.1986 อังกฤษเพิ่งเปลี่ยนมาใช้ "หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ" โดยจัดตั้งองค์กรอัยการขึ้นที่เรียกว่า Crown Prosecution Service (CPS) แต่อย่างไรก็ตามสิทธิของผู้เสียหายในการฟ้องคดีตามหลักการเดิมก็ยังคงมีอยู่ แต่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลโดยดุลพินิจของ CPS

---

[105] อุทัย อาทิเวช, คู่มือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, (กรุงเทพมหานคร:ห้างหุ้นส่วนจำกัด วี.เจ.พริ้นติ้ง, 2559), น.9.

[106] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 98*, น.65.

หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (Public Prosecution) ถือว่าความผิดอาญาเป็นความผิดต่อสังคมหรือเป็นความผิดต่อรัฐที่ทำลายความสงบเรียบร้อยของส่วนรวม รัฐจึงมีหน้าที่ต้องดูแลรักษาความสงบรวมทั้งป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดขึ้น อีกทั้งรัฐยังมีหน้าที่อำนวยความยุติธรรม ดังนั้น รัฐเป็นผู้เสียหายมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น ส่วนประชาชนไม่ถือว่าเป็นผู้เสียหายเนื่องจากไม่มีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองจึงไม่มีสิทธิฟ้องคดีด้วยตนเอง การดำเนินคดีอาญาจึงไม่ใช่เรื่องของคู่ความไม่มีลักษณะการต่อสู้ระหว่างสองฝ่าย แต่เป็นการดำเนินคดีอาญาโดยเจ้าพนักงานของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบการสอบสวนฟ้องร้องคดี องค์กรที่มีอำนาจในการดำเนินคดีอาญาได้แก่ ศาล พนักงานอัยการ และตำรวจ ต่างมีหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงที่กล่าวหาตลอดจนมีอำนาจค้นหาความจริงแท้ของเรื่องโดยปราศจากข้อผูกมัดใด ๆ[107] เรียกหลักการในคดีอาญานี้ว่า “หลักการตรวจสอบ” (examination principle) และเจ้าพนักงานของรัฐผู้มีอำนาจหน้าที่ดำเนินคดีอาญา คือ พนักงานอัยการ[108] ซึ่งหมายความว่าพนักงานอัยการเป็นผู้รับผิดชอบการดำเนินคดีอาญาชั้นก่อนฟ้อง (Pretrial stage) อันเป็นหลักเกณฑ์ของระบบอัยการที่สมบูรณ์

ตามระบบอัยการที่สมบูรณ์ถือว่า “การสอบสวนฟ้องร้อง” เป็นกระบวนการดำเนินคดีอาญากระบวนการเดียวกันไม่อาจแบ่งแยกจากกันได้ เจ้าพนักงานตำรวจเป็นเพียง เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ช่วยเหลืออัยการ (Public prosecutor’s assistant officer) ทั้งนี้ เนื่องจากการดำเนินคดีอาญาของไทยเป็นการดำเนินคดีอาญาตามระบบซีวิลลอว์เช่นเดียวกับประเทศในภาคพื้นยุโรป ซึ่งถือว่าการดำเนินคดีตามระบบกล่าวหาไม่อาจแยกอำนาจสอบสวนกับอำนาจฟ้องคดีออกจากกันได้ การจัดรูปแบบและแนวทางการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยยังผิดระบบและมีความสับสนอยู่มาก[109] อันส่งผลให้ประสิทธิในการปราบปรามอาชญากรรมรวมทั้งการควบคุมให้สังคมเกิดความสงบเรียบร้อยได้ยาก

3.4.3 หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายและหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ[110]

หลักการนี้จะถูกนำมาใช้สำหรับเมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับการสอบสวนฟ้องร้องคดีอาญาของเจ้าพนักงาน เช่น เมื่อมีข้อสงสัยอันควรว่าได้มีการกระทำผิดอาญาเกิดขึ้นแล้วเจ้าพนักงานมีหน้าที่ต้อง

---

[107] คณิต ณ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น.49.

[108] คณิต ณ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น.65.

[109] คณิต ณ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น.66.

[110] คณิต ณ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น.419.

สอบสวนดำเนินคดีหรือไม่ และถ้าฟังว่ามีการกระทำผิดอาญาขึ้นจริงเจ้าพนักงานต้องฟ้องร้องคดีนั้นต่อไปหรือไม่ แบ่งออกเป็น 2 หลัก คือ

1) หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย (legality principle) กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นเจ้าพนักงานที่มีหน้าที่ต้องดำเนินการสอบสวนโดยไม่คำนึงว่าจะมีการร้องทุกข์กล่าวโทษหรือไม่และเมื่อสอบสวนแล้วเห็นว่าผู้ต้องหากระทำผิดจริง เจ้าพนักงานมีหน้าที่ต้องฟ้องร้องคดีผู้ต้องหานั้นต่อไป หลักนี้จึงเป็นหลักประกันความเสมอภาคตามกฎหมายทั้งยังเป็นเกราะคุ้มกันเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหน้าที่ฟ้องร้อง กล่าวคือ ป้องกันไม่ให้มีการใช้อิทธิพลโดยมิชอบด้วยความยุติธรรมต่อเจ้าพนักงานนั้น ข้อเสียของหลักการนี้คือ การขาดความยืดหยุ่น ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายมีความเข้มงวดจนเกินไป

2) หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ (opportunity principle) คือ หลักการดำเนินคดีอาญาที่ตรงข้ามกับหลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นเจ้าพนักงานอาจไม่ดำเนินการสอบสวนหรือยุติการสอบสวนได้เสมอและเมื่อเห็นว่าผู้ต้องหากระทำความผิดจริง เจ้าพนักงานอาจไม่ฟ้องผู้ต้องหาทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเหตุผลแต่ละคดีไป หลักการนี้เป็นการผ่อนคลายความเข้มงวดของกฎหมายลงเนื่องจากจุดประสงค์ของการลงโทษเปลี่ยนจากการแก้แค้นทดแทนมาสู่การป้องกันทั่วไปและการป้องกันพิเศษ หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจจึงเป็นที่ได้รับการยอมรับมากขึ้น แม้แต่ประเทศเยอรมนีซึ่งใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายก็ได้มีการผ่อนคลายความเข้มงวดลงไปมาก โดยได้บัญญัติให้มีกรณีต่าง ๆ ที่เจ้าพนักงานอาจใช้ดุลพินิจไม่ดำเนินคดีหรือไม่ฟ้องคดีจนทำให้ความเคร่งครัดของหลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายเดิมได้หมดสิ้นไปแล้ว[111]

สำหรับในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยนั้น นอกจากจะไม่มีบทบัญญัติบังคับให้พนักงานอัยการต้องฟ้องคดีทุกเรื่องแล้ว กฎหมายยังอนุญาตให้พนักงานอัยการถอนฟ้องได้อีกด้วย ซึ่งหลักที่แสดงว่าหลักการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ คือ หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ (opportunity principle) ซึ่งปัจจุบันหลักการดังกล่าวถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายว่า

---

[111] คณิต ณ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น.420.

ด้วยองค์กรอัยการและพนักงานอัยการโดยระบุถึงการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการไว้โดยตรง[112] พนักงานอัยการของไทยก่อนการสอบสวนเสร็จสิ้นพนักงานอัยการเกือบไม่มีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิของบุคคล ทำให้ไม่อาจเป็นหลักประกันในการอำนวยความยุติธรรม เนื่องจากพนักงานอัยการไม่มีอำนาจหน้าที่สอบสวนหรือไม่มีอำนาจหน้าที่ในการเริ่มคดีอาญานั่นเอง แต่ในทางทฤษฎี พนักงานอัยการไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบในการดำเนินคดีของตนโดยเด็ดขาด เหตุผลเพราะพนักงานอัยการต้องรับผิดชอบในการสอบสวนคดี 4 ประการ คือ

(1) รับผิดชอบในความถูกต้องชอบด้วยกฎหมายของการสอบสวน

(2) รับผิดชอบในความถูกต้องชอบด้วยระเบียบของการสอบสวน

(3) รับผิดชอบในความละเอียดรอบคอบของการสอบสวน และ

(4) รับผิดชอบในความเชื่อถือได้ของการสอบสวน

3.4.4 โครงสร้างของการดำเนินคดีอาญา

การดำเนินคดีอาญาเป็นหน้าที่โดยตรงของรัฐ โครงสร้างของการดำเนินคดีอาญาโดยทั่วไปแบ่งเป็น 4[113] ขั้นตอน คือ

1) การดำเนินคดีอาญาชั้นก่อนการฟ้อง (pretrial stage) คือ การดำเนินการทั้งปวงของเจ้าพนักงานก่อนการยื่นฟ้อง ได้แก่ การสอบสวนของพนักงานสอบสวนและการดำเนินการของพนักงานอัยการก่อนยื่นฟ้อง โดยถือว่าเป็นกระบวนการในขั้นตอนเดียวกันแม้จะกระทำโดยผู้มีหน้าที่หลายฝ่าย

2) การดำเนินคดีอาญาชั้นการประทับฟ้อง (between stage) คือ ขั้นตอนที่ศาลจะพิจารณาว่าสมควรประทับฟ้องไว้พิจารณาหรือไม่ ในชั้นนี้ศาลจะพิจารณาแต่เพียงว่าคดีมีมูลหรือไม่เท่านั้น ซึ่งในคดีที่พนักงานอัยการยื่นฟ้องโดยปกติศาลจะประทับฟ้องไปได้เลย แต่หากเป็นคดีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ฟ้องเอง กฎหมายบังคับ[114]ให้ศาลต้องทำการไต่สวนมูลฟ้องก่อนเสมอจึงจะประทับ

---

[112] พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ.2553 มาตรา 21 วรรคแรก บัญญัติว่า “พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายโดยสุจริตและเที่ยงธรรม”.

[113] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 98*, น.433-436.

[114] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 162 (1) บัญญัติว่า “ในคดีราษฎรเป็นโจทก์ให้ไต่สวนมูลฟ้อง..ฯ”.

ฟ้องได้ กล่าวคือ ในคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องเองการไต่สวนมูลฟ้องเป็นกระบวนการที่เป็น “เงื่อนไขที่ต้องกระทำก่อน” (prerequisite) ศาลมีหน้าที่ต้องตรวจสอบ บทบาทหน้าที่นี้ของศาลเป็นไปตาม “หลักการตรวจสอบ” (examination principle) นั่นเอง

3) การดำเนินคดีอาญาชั้นการพิจารณา (trial stage) คือ กระบวนการของการดำเนินคดีอาญาในศาลหลังจากศาลประทับฟ้องไว้แล้ว เป้าหมายของการพิจารณามีเพื่อวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำและความชั่ว (Schuld) ของจำเลยว่าได้กระทำตามที่ถูกกล่าวหาในฟ้องหรือไม่ หากศาลเห็นว่าจำเลยกระทำผิดจริงก็จะพิพากษาลงโทษและอาจมาตรการบังคับทางอาญาอื่น ๆ ประกอบด้วย โดยการพิจารณาอาจกระทำเฉพาะในศาลชั้นต้นเพียงศาลเดียว หรือกระทำในศาลอุทธรณ์หรือฎีกาอีกก็ได้

4) การดำเนินคดีอาญาชั้นการบังคับคดี (executor stage) คือ การบังคับตามคำพิพากษาถึงที่สุดของศาล โดยออกหมายบังคับคดี คือ หมายจำคุก การบังคับคดีอาญาเป็นเรื่องของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งแตกต่างกับ การบังคับโทษ (penal administration) ที่ต้องเป็นไปตามกฎหมายราชทัณฑ์

3.4.5 หลักการสอบสวนคดีอาญา[115]

การสอบสวนคดีอาญาเป็นการตรวจสอบความจริง ตาม “หลักการตรวจสอบ” (examination principle) การสอบสวนจึงเป็นการค้นหาความจริงเกี่ยวกับการกระทำของผู้ต้องหาและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวผู้ต้องหา[116] การสอบสวนคดีอาญามีหลักการสำคัญ[117] ดังนี้

(1) หลักการค้นหาความจริงตามเนื้อหา (principle of substantive truth) คือ เป็นการค้นหาความจริงว่าผู้ใดกระทำความผิด เจ้าพนักงานของรัฐมีหน้าที่ค้นหาความจริงในเนื้อหา กล่าวคือต้องกระตือรือร้นที่จะตรวจสอบหาความจริงแท้ของเรื่องให้ได้อย่างแน่ชัด

---

[115] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (11) บัญญัติว่า “การสอบสวน หมายความถึงการรวบรวมพยานหลักฐานและการดำเนินการทั้งหลายตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ซึ่งพนักงานสอบสวนได้ทำไปเกี่ยวกับความผิดที่กล่าวหา เพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิดและเพื่อจะเอาตัวผู้ทำผิดมาฟ้องลงโทษ”

[116] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 98*, น.450.

[117] คณิต ณ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น.65-80.

(2) หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพบุคคล กล่าวคือ การดำเนินคดีของพนักงานสอบสวนต้องรักษาสมดุลระหว่างการคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนไปพร้อมกัน โดยการกระทำการสอบสวนอย่างมีความเป็นภาวะวิสัย (Objectivity)

(3) หลักฟังความทุกฝ่าย (principle of "audi alteram partem") หมายความว่า การสอบสวนจะต้องเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาแก้ข้อกล่าวหา โดยมีสิทธิโต้แย้งคัดค้าน เนื่องจากการดำเนินคดีอาญาในระบบกล่าวหานั้น ผู้ถูกกล่าวหาเป็นประธานในคดี ดังนั้น จึงต้องมีการสอบสวนปากคำผู้ต้องหาก่อนฟ้องเสมอ ซึ่งถือเป็นหัวใจของหลักในการยื่นฟ้องคดีอาญา[118]

(4) หลักการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐ กล่าวคือ การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานรัฐจะต้องอยู่ในกรอบ มีขอบเขตที่แน่ชัด และต้องกระทำตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น โดยพนักงานสอบสวนต้องใช้ดุลพินิจกระทำการต่าง ๆ ด้วยความตระหนักว่าจะกระทำไปในกรอบของกฎหมาย ไม่ก้าวล่วงกระทบกระเทือนต่อสิทธิของบุคคล อันเป็นหลักการใช้ดุลพินิจพอสมควรแก่เหตุ ขณะเดียวกันพนักงานสอบต้องคำนึงถึงหลักประโยชน์สาธารณะไปพร้อมกันด้วย[119]

การสอบสวนคดีอาญาครอบคลุมเนื้อหา 2 ประการ[120] คือ

ประการแรก การรวบรวมพยานหลักฐาน โดยพนักงานสอบสวนต้องรวบรวมพยานหลักฐานทุกชนิดเท่าที่สามารถทำได้ทั้งที่เป็นผลร้ายและผลดีต่อผู้ถูกกล่าวหา และ

ประการที่สอง การใช้มาตรการบังคับ ถือว่าการใช้มาตรการบังคับ (compulsory measures) เป็นอำนาจหน้าที่ของพนักงานสอบสวน โดยเฉพาะการเรียกและการออกหมายเรียก ส่วนการใช้มาตรการบังคับที่กระทบสิทธิส่วนบุคคลอย่างมาก เช่น การจับ การค้น ต้องได้รับอนุญาตจากศาล กล่าวคือ ศาลหรือผู้พิพากษาเท่านั้นที่มีอำนาจออกหมายเรียก

การดำเนินคดีอาญาย่อมกระทบถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคล การปฏิบัติต่อผู้ถูกกล่าวหาก็จะต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในฐานะที่บุคคลนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสังคม ดังนั้นการใช้มาตรการบังคับต่าง ๆ ในการดำเนินคดีอาญาจะต้องคำนึงถึง หลักนิติรัฐ (principle of legal stage)

---

[118] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120 บัญญัติว่า "ห้ามมิให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีใดต่อศาลโดยมิได้มีการสอบสวนในความผิดนั้นก่อน".

[119] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง:หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2549), น.31.

[120] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 98*, น.439-440.

ด้วยเหตุผลดังกล่าว วิธีพิจารณาความอาญาที่ดีจึงต้องมีความเป็นเสรีนิยม ประการต่อมาการพิจารณาคดีอาญาต้องกระทำโดยเปิดเผย คือต้องมีลักษณะของความเป็นประชาธิปไตย และประการสุดท้ายการดำเนินคดีอาญาต้องสามารถทำให้บุคคลผู้นั้นกลับคืนสู่สังคมได้ คือ ต้องเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการกระทำเพื่อสังคมอีกด้วย[121]

กล่าวโดยสรุป กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ดี[122] จะต้องพยายามรักษาความสมดุล (Balance) ระหว่าง อำนาจรัฐในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ และหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ให้ไม่โน้มเอียงไปทางใดทางหนึ่งมากเกินไปนั่นเอง

3.5 ทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางอาญา

การดำเนินคดีอาญาย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของบุคคล แต่รัฐก็มีภาระหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อย และพยายามทำให้สังคมดำเนินไปอย่างราบรื่น ความสำคัญจึงอยู่ที่รัฐจะทำอย่างไรหากเกิดการกระทำความผิดขึ้นแล้วเมื่อเจ้าพนักงานของรัฐจะต้องดำเนินคดีอาญากับบุคคล การที่รัฐจำเป็นต้องก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนี้จะเป็นไปอย่างมีขอบเขต ในหัวข้อนี้จะศึกษาถึงหลักของ “มาตรการบังคับ”[123] (compulsory measures) ว่าทำอย่างไรรัฐจึงจะใช้มาตรการบังคับอย่างมีความเป็นภาวะวิสัย (Objectivity) ในขณะเดียวกันก็ยังคงรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพไปพร้อมกันด้วย

3.5.1 แนวคิดเกี่ยวกับมาตรการบังคับและการควบคุมการใช้มาตรการบังคับทางอาญา

การที่รัฐจะอำนวยความยุติธรรม และรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมได้นั้น รัฐจำเป็นต้องมีเครื่องมือในการดำเนินคดีอาญาจำเป็นต้องมีกลไกและเครื่องมือทางกฎหมายสำหรับแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐาน รวมทั้งการนำตัวผู้ที่มีพยานหลักฐานบ่งชี้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีอย่างมีประสิทธิภาพ และโดยผลของการที่รัฐจะต้องใช้มาตรบังคับในการสืบสวนสอบสวนย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงที่จะต้องกระทบกระทั่งต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิ และ

---

[121] คณิต ณ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น.46-47.

[122] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, (กรุงเทพมหานคร:หจก. สำนักพิมพ์ พลสยาม พริ้นติ้ง(ประเทศไทย), 2553), น.1.

[123] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 98*, น.267.

เสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น กล่าวคือ กฎหมายต้องกำหนดให้ใช้มาตรการดังกล่าวเท่าที่จำเป็นตามหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้น หากเจ้าพนักงานใช้มาตรการเหล่านี้อย่างไม่ถูกต้องหรือโดยมิชอบแล้ว เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจย่อมจะต้องรับผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญาเป็นส่วนตัว[124] แสดงให้เห็นว่ากฎหมายเป็นทั้งแหล่งที่มา (Source) และข้อจำกัด (Limitation) ของอำนาจในการกระทำการต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่รัฐ ตาม หลักนิติรัฐ[125] (Rechtstaat / Principle of legal state) ที่กำหนดให้การใช้อำนาจของรัฐนั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายและความยุติธรรม คือชอบทั้งทางรูปแบบ และเนื้อหาของความเป็นนิติรัฐ

ตามแนวคิดของหลักการว่าด้วย “มาตรการบังคับทางอาญา”[126] (Compulsory Measures) ถือว่ามาตรการบังคับทางอาญาเป็นเครื่องมือในการดำเนินคดีอาญาของรัฐเพื่อใช้การรวบรวมพยานหลักฐานในการค้นหาความจริง อาจกล่าวได้ว่าเป็น เครื่องมือของเจ้าพนักงานและศาล[127] ที่มีความสำคัญในอันที่จะดำเนินการให้เป็นผลตามความมุ่งหมายของการดำเนินคดีอาญาตามวิธีพิจารณาความอาญา หากขาดมาตรการบังคับย่อมทำให้การดำเนินคดีอาญาไม่อาจกระทำได้ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้มาตรการบังคับใด ๆ นั้นย่อมมีผลเป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้เกี่ยวข้อง กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ดีนั้นจะต้องมีความเป็นเสรีนิยมโดยเราพิจารณาได้จากบทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขในการใช้มาตรการบังคับทางอาญาที่ถูกต้องและเหมาะสม

ในการดำเนินคดีอาญาเรื่องหนึ่งย่อมต้องก้าวล่วงต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่เกี่ยวข้องอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ แต่การที่รัฐจะก้าวล่วงต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น รัฐจะต้องกระทำไปโดยมีขอบเขต และอยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจจากองค์กรภายนอกฝ่ายบริหาร เพื่อทำให้ขั้นตอนการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีความโปร่งใส[128] (Transparency) นำไปสู่การ

---

[124] อุทัย อาทิเวช, คู่มือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 3 การสอบสวน มาตรการบังคับในคดีอาญา, (กรุงเทพมหานคร:ห้างหุ้นส่วนจำกัด วี.เจ.พริ้นติ้ง), น.428.

[125] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 62*, น.159.

[126] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 98*, น.267.

[127] คะนึง ฤๅไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร:วิญญชน, 2551), น.192.

[128] สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร:วิญญชน, 2549), น.543.

ตรวจสอบการใช้อำนาจที่เรียกว่า การตรวจสอบภายนอก[129] (Accountability) ซึ่งต้องมาจากองค์กรซึ่งมีความเป็นกลางได้แก่ ศาลยุติธรรม กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้ศาลหรือผู้พิพากษาเท่านั้นที่จะเป็นผู้มีอำนาจอนุญาตให้มีมาตรการบังคับทั้งก่อน และหลังจากการใช้มาตรการบังคับ ซึ่งโดยหลักแล้วเป็นไปเพื่อให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการดำเนินคดีอาญาเป็นไปอย่างถูกต้อง โปร่งใส และเป็นไปอย่างมี ความเป็นภาวะวิสัย (objectivity) ที่สุดเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ซึ่งในปัจจุบันกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยเป็นไปตามหลักการเช่นนี้แล้วนับตั้งแต่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540[130] เป็นต้นมา ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ยังคงอยู่และได้รับการรับรองจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในปัจจุบัน[131]

วัตถุประสงค์ในการใช้มาตรการบังคับทางอาญา (Compulsory Measures) มีขึ้นเพื่อประกันการดำเนินคดีอาญาชั้นกำหนดคดี[132] (Verification Stage) และการดำเนินคดีอาญาชั้นบังคับคดี[133] (Exection Stage) เนื่องจากการดำเนินคดีอาญานั้นเจ้าหน้าที่ต้องใช้มาตรการบังคับเพื่อให้ได้ตัวผู้ต้องสงสัย หรือได้ตัวจำเลยไว้ในอำนาจเพื่อประโยชน์ในการสอบสวน หรือเพื่อประโยชน์ในการบังคับโทษ อีกทั้งยังต้องใช้มาตรการบังคับอื่น ๆ เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานที่จะใช้ในการพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา หรือจำเลย เราจะพบว่าในขั้นตอนของการดำเนินคดีอาญาเหล่านี้ย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการควบคุม การค้นบุคคลย่อมละเมิดต่อเสรีภาพส่วนบุคคลในการเคลื่อนไหวร่างกาย สิทธิในการอยู่อาศัยในเคหสถาน การดักฟังเสียงหรือภาพย่อมละเมิดสิทธิในการอยู่อาศัย การดักรับข้อมูลย่อมเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารต่าง ๆ ของบุคคลไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดหรือไม่ก็ตาม

แนวคิดการควบคุมการใช้มาตรการบังคับทางอาญา วิธีพิจารณาความอาญาของไทยแยกอำนาจสอบสวน และอำนาจฟ้องร้องคดีอาญาต่างหากจากกัน โดยพนักงานอัยการคงมีเพียงอำนาจสั่งคดีและ

---

[129] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 98*, น.267.

[130] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 237 บัญญัติว่า “ในคดีอาญา การจับและคุมขังบุคคลใดจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล...”.

[131] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 28 วรรคสอง บัญญัติว่า “การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ”.

[132] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 98*, น.42.

[133] คณิต ณ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น.42.

ยื่นฟ้องต่อศาล ไม่มีอำนาจหน้าที่สอบสวนหรือเริ่มต้นคดีอาญา การใช้อำนาจเรียกหรือออกหมายเรียก รวมถึงการร้องขอให้ศาลออกหมายตามมาตรการบังคับทางอาญาต่าง ๆ ของเจ้าพนักงานตำรวจในระหว่างการสอบสวน จึงไม่ผ่านการกลั่นกรองจากพนักงานอัยการก่อน ทำให้ก่อนการสอบสวนเสร็จสิ้นพนักงานอัยการของไทยเกือบหรือแทบจะไม่มีบทบาทที่จะประกันหรือคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้เลย ซึ่งเรื่องดังกล่าวแตกต่างจากแนวทางของประเทศอื่นที่มีระบบอัยการที่สมบูรณ์ ซึ่งหลักการของระบบอัยการที่สมบูรณ์นั้นการสอบสวนและฟ้องร้องคดีอาญาถือเป็นกระบวนการเดียวกันไม่อาจแยกออกจากกันได้ ทั้งต้องอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของอัยการโดยที่พนักงานอัยการมีอำนาจในการสอบสวนรวมถึงควบคุมการสอบสวนและสั่งการแก่เจ้าพนักงานตำรวจตามที่เห็นสมควร และจะเป็นผู้กลั่นกรองเหตุแห่งการใช้มาตรการบังคับอีกชั้นหนึ่งก่อนจะมีการขอใช้มาตรการบังคับทางอาญาจากศาล[134]

เมื่อพิจารณาหลักการสอบสวนคดีอาญาของประเทศเยอรมนีจะพบว่า การดำเนินคดีอาญาชั้นสอบสวนของประเทศเยอรมนีนั้นจะอยู่ในความรับผิดชอบของพนักงานอัยการ ถือว่าพนักงานอัยการเป็น “เจ้าของ”[135] การดำเนินคดีอาญาชั้นสอบสวนมีหลักการพื้นฐานว่า พนักงานอัยการมีความเป็นอิสระในการเลือกใช้มาตรการบังคับทางอาญาใดก็ได้ และจะใช้มาตรการใดก่อนหรือหลังก็ได้ เรียกว่า “หลักความเป็นอิสระในการจัดรูปแบบการสอบสวน”[136] โดยในการใช้อำนาจดังกล่าว พนักงานอัยการมีอำนาจเรียกข้อมูลจากหน่วยงานใด ๆ และมีอำนาจดำเนินการสอบสวนคดีอาญาด้วยวิธีการใด ๆ โดยจะดำเนินการสอบสวนคดีอาญาด้วยตนเองหรือผ่านองค์กรตำรวจก็ได้ ตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ในส่วนของประเทศไทยกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยนั้นกำหนดให้ผู้ร้องขอต่อศาลให้ออกหมายจับ หมายค้น หรือหมายขังนั้น พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ โดยกฎหมายกำหนดว่าพนักงานฝ่ายปกครองตั้งแต่ระดับสาม หรือตำรวจซึ่งมียศตั้งแต่ร้อยตำรวจตรีหรือเทียบเท่าขึ้นไป เป็นเจ้าพนักงานที่มีอำนาจและดุลพินิจโดยตรงต่อศาล โดยไม่ต้องผ่านการตรวจสอบของพนักงานอัยการก่อนอย่างเช่นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศเยอรมนี

---

[134] คณิต ณ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น.99.

[135] กรรภิรมย์ โกมลารชุน, “ทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางอาญา:ศึกษาเฉพาะการควบคุม,” วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, ปีที่ 10, ฉบับที่ 1, น.3 (มิถุนายน 2561).

[136] กรรภิรมย์ โกมลารชุน, *เพิ่งอ้าง*, น.3.

องค์กรในการดำเนินคดีอาญาในชั้นก่อนฟ้องคดีตามระบบอัยการที่สมบูรณ์นั้นถือว่า การสอบสวนฟ้องร้อง เป็นกระบวนดำเนินคดีอาญากระบวนการเดียวที่แบ่งแยกไม่ได้ เจ้าพนักงานตำรวจเป็นเพียง เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ช่วยเหลืออัยการ[137] (Public prosecutor's assistant officer) เนื่องจากในการดำเนินคดีอาญานั้น พนักงานอัยการไม่ได้มีฐานะเป็นตัวบุคคล แต่มีฐานะเป็นองค์กร กล่าวคือ พนักงานอัยการทำหน้าที่แทนกันได้โดยไม่ต้องมีการมอบหมาย พนักงานอัยการจึงเป็นองค์กรดำเนินคดีอาญาของรัฐ

ในทางทฤษฎีกฎหมายเยอรมนีพนักงานอัยการต้องรับผิดชอบ[138]การสอบสวนคดีอาญาในชั้นก่อนฟ้องคดีทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นความรับผิดชอบความชอบด้วยกฎหมาย หรือความชอบด้วยระเบียบของการสอบสวน และรับผิดชอบต่อความละเอียดรอบคอบ และความเชื่อถือได้ของการสอบสวนอีกด้วย ดังนั้น พนักงานอัยการจึงไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบในการดำเนินคดีของตนได้ ในส่วนของประเทศไทยวิธีพิจารณาความอาญาของไทยแบ่งแยกอำนาจสอบสวนฟ้องร้องซึ่งในทางสากลมองว่าเป็นอำนาจเดียวกันออกจากกันอย่างเด็ดขาด องค์กรในการดำเนินคดีอาญาในชั้นก่อนฟ้องคดีกำหนดให้ตำรวจเป็นองค์กรเบื้องต้นของรัฐมีอำนาจเริ่มต้นคดีอาญาได้โดยอิสระ พนักงานอัยการของไทยไม่มีอำนาจหน้าที่สอบสวนเริ่มต้นคดีอาญา องค์อัยการของไทยจึงไม่อาจอำนวยความยุติธรรมและเป็นหลักประกันการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจสั่งคดีของตำรวจได้อย่างเพียงพอ เนื่องจากก่อนการสอบสวนจะเสร็จสิ้นพนักงานอัยการตามระบบกฎหมายของไทยเกือบจะไม่มีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิของบุคคล เป็นแต่เพียงต้องทำงานตามสำนวนสอบสวนของพนักงานสอบสวนเท่านั้น

จากหลักการเกี่ยวกับอำนาจการสอบสวนฟ้องร้องที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อกลับมาพิจารณากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยที่บัญญัติกำหนดตัวผู้ร้องขอใช้มาตรการบังคับทางอาญาต่อศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการบังคับที่ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอย่างมาก เช่น การจับ การค้น กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของพนักงานที่มีอำนาจและดุลพินิจโดยตรงต่อศาลโดยไม่ต้องผ่านพนักงานอัยการ ทำให้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยยังขาดหลักการในการตรวจสอบภายใน (Responsibility) อันจะเป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไป

---

[137] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 98*, น.66.

[138] คณิต ณ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น.100.

3.5.2 ทฤษฎีรูปแบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

การศึกษาถึงทฤษฎีรูปแบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาซึ่งประกอบไปด้วยแนวคิดที่แตกต่างกันระหว่างแนวคิดการควบคุมอาชญากรรม (The Crime Control Model) กับแนวคิดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (The Due Process Model) ในการบังคับใช้มาตรการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตในคดีอาญาให้เป็นไปตามมาตรฐานสากลที่เกี่ยวกับการบังคับใช้มาตรการดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ จำเป็นต้องศึกษาถึงหลักการทั้งสองเพื่อสร้างความสมดุลขึ้นให้มากที่สุด ตามรายละเอียดดังต่อไปนี้

มาตรการดักการสื่อสารทางอินเตอร์เน็ตเป็นมาตรการหนึ่งในทางกฎหมายที่เป็นการประสานกันระหว่างผลประโยชน์ของระบบการดำเนินคดีอาญาใน 2 รูปแบบ คือ ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (The Crime Control Model) หรือแนวคิดอำนาจรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อย กับทฤษฎีการดำเนินคดีอาญาในรูปแบบกระบวนการนิติธรรม (The Due Process Model) หรือแนวคิดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเข้าด้วยกัน[139] โดยศาสตราจารย์เฮอร์เบิร์ต แพคเกอร์ (Herbert L. Packer) นักอาชญาวิทยาชาวอเมริกันได้แบ่งรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไว้ ซึ่งแนวคิดนี้ได้ถูกพัฒนาขึ้นในช่วงทศวรรษที่ 1960 และถือได้ว่าแนวคิดของศาสตราจารย์แพคเกอร์นั้นเป็นที่แพร่หลายนับแต่นั้นเป็นต้นมาจนกระทั่งในปัจจุบัน กล่าวได้ว่าทั้งสองแนวคิดนี้มีรูปแบบเป้าหมายในการป้องกันสังคมอย่างเดียวกัน แต่มีวิธีในการบรรลุเป้าหมายหรือวิธีปฏิบัติ (Procedure) ที่แตกต่างกัน[140] ดังนี้

(ก) ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม หรือแนวคิดอำนาจรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อย (The Crimes Control Model)

ทฤษฎีควบคุมอาชญากรรม (Crimes Control) ซึ่งมุ่งเน้นประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในการควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมเป็นหลัก ส่วนเรื่องของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นเรื่องรองลงมา โดยเน้นประสิทธิภาพในทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมไม่ว่าจะเป็นชั้นสอบสวน จับกุม ควบคุมตัว ฟ้องคดี การพิสูจน์ความผิด การพิจารณาพิพากษา

---

[139] Herbert Packer. (1968). The Limit of The Criminal Sanction. (California:Stanford University Press.), (pp. 149-173).

[140] อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 97*, น.112-113.

และบังคับโทษตามคำพิพากษา เพื่อจะสามารถควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมหรือจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมายให้ได้ ทฤษฎีนี้เชื่อว่ารัฐมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและเสรีภาพของประชาชนผู้บริสุทธิ์ มุ่งเน้นการปราบปราม[141] และนำตัวอาชญากรมาลงโทษตามกฎหมาย ซึ่งเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐได้แก่ เจ้าหน้าที่ตำรวจ เจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมอื่น ๆ และพนักงานอัยการมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางเพื่อบังคับใช้กฎหมาย ข้อดีของทฤษฎีนี้ก็คือ ทำให้การดำเนินการที่รวดเร็ว เด็ดขาด และวิธีการใหม่ ๆ อีกทั้งยังเท่าทันต่อการเปลี่ยนแปลงของการก่ออาชญากรรม ส่วนข้อเสียคือ เจ้าพนักงานของรัฐมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางซึ่งก็อาจทำให้มีการใช้อำนาจที่ไปในทางมิชอบ (arbitrary) ต่อประชาชนได้โดยง่ายจนกลายเป็นว่าเจ้าพนักงานนั้นกลับเป็นผู้ก่ออาชญากรรมเสียเอง

รูปแบบแนวคิดนี้เห็นว่าบุคคลผู้บริสุทธิ์ไม่มีอะไรต้องเกรงกลัวอำนาจที่กว้างขวางของเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรม แม้จะมีคดีส่วนน้อยที่ผู้บริสุทธิ์ถูกดำเนินคดีโดยความผิดพลาดแต่การปล่อยตัวก็จะเกิดขึ้นตามมาอย่างรวดเร็ว การที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมี “ความสงสัยตามสมควร” (Reasonable Suspicion) อันเป็นเงื่อนไขของการจับกุม หรือการใช้มาตรการบังคับต่าง ๆ ทางอาญานั้นไม่เป็นการสมเหตุสมผล เนื่องจากเห็นว่าเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมควรต้องมีอำนาจที่กว้างขวาง โดยในบางครั้งต้องสามารถที่จะรวบตัวผู้กระทำความผิดได้ในทันที เพื่อนำมาพิจารณาว่าบุคคลนั้นเป็นผู้กระทำความผิดหรือไม่ แม้อาจเป็นไปได้ว่าบุคคลผู้นั้นไม่ได้กระทำผิดก็ตาม นอกจากนี้ การที่เจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพของบุคคลยังอาจทำให้ผู้คิดกระทำความผิดออกไปจากพื้นที่ หรือล้มเลิกการกระทำที่ผิดกฎหมาย[142] ดังนั้น การจะควบคุมอาชญากรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องให้เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจในกระบวนการยุติธรรมต้องมีอำนาจในการใช้มาตรการทางอาญาอย่างกว้างขวางในการปราบปรามการกระทำความผิด[143]

กล่าวได้ว่ารูปแบบแนวคิดการควบคุมอาชญากรรม (The Crimes Control Model) ของ Herbert L. Packer เป็นรูปแบบที่มุ่งเน้นการปราบปรามอาชญากรรม เพราะการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ

---

[141] Herbert Packer. (1968). *supra note 139*, pp. 149-173.

[142] Herbert Packer. (1968). *Ibid*, pp. 149-173.

[143] ประธาน วัฒนวาณิชย์. “ระบบความยุติธรรมทางอาญา:แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการนิติธรรม”, วารสารนิติศาสตร์. 8, 4. ธันวาคม 2520. น.147.

โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่สามารถควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมหรือจับกุมอาชญากรมาลงโทษตามกฎหมายได้ ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม และกระทบกระเทือนต่อเสรีภาพของประชาชนในสังคม ดังนั้น แนวคิดนี้จึงต้องส่งเสริมความมีประสิทธิภาพในการควบคุม การระงับ และการปราบปรามอาชญากรรมเป็นหลัก[144]

ดังนั้น กระบวนการยุติธรรมที่ดีจึงต้องสะท้อนออกมาโดยมีสถิติการจับกุมการกระทำความผิดสูง ผู้ถูกจับกุมต้องเป็นผู้กระทำความผิดจริง ประการสำคัญคือ ต้องมุ่งเน้นไปที่ขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมจะต้องมีความรวบรัด และมีประสิทธิภาพ การค้นหาข้อเท็จจริงในชั้นเจ้าพนักงานตำรวจ ชั้นพนักงานอัยการนั้นเพียงพอที่จะเชื่อถือว่าสามารถวินิจฉัยความถูกต้องของขั้นตอนกระบวนการได้ ส่วนเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลถือเป็นเรื่องรองลงไป วิธีพิจารณาความอาญาของประเทศใดมุ่งเน้นทฤษฎีนี้ วิธีพิจารณาความอาญาของประเทศนั้นก็จะเน้นหนักไปในการสร้างกฎเกณฑ์ที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการสืบสวน สอบสวน ป้องกัน และปราบปรามอย่างเฉียบขาด รวดเร็ว โดยไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลผู้บริสุทธิ์มากนัก[145] ยกตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือวิธีพิจารณาความอาญาของไทยในอดีตที่กำหนดให้กรณีที่เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเป็นผู้ออกหมายอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการออกหมายจับ และหมายค้น ที่กฎหมายอนุญาตให้ตัวเจ้าพนักงานในตำแหน่งสูงจะมีฐานะเป็นหมายอาญาได้ด้วยตนเอง กรณีดังกล่าวถือว่าในอดีตประเทศไทยมีกฎหมายวิธีพิจาณาความอาญาที่เป็นไปตามแนวคิดการควบคุมอาชญากรรม (Crimes Control) ซึ่งต่อมาในปี พ.ศ.2547 ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา[146] กำหนดให้ศาลเท่านั้นที่เป็นผู้มี

---

[144] รายงานการวิจัยเรื่องการออกหมายค้น หมายจับตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (น. 14), โดย สุมนา กิติพงศ์, จีรัชญ์ วัฒนศิริพงศ์, ทรงพร สัตยาอภิธาน, วรพจน์ ภู่มาลี, อรุณ ดีวังพล, อริศรา สันศนีย์วิทยกุล และปฐมพร ธาระวานิช, (2550), กรุงเทพมหานคร:สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม.

[145] ข้อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามมาตรา 226/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (น. 9-10), โดย ชลลดา จินตเสถียร, (2553), (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต) กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

[146] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 57 วรรคแรก บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติในมาตรา 78 มาตรา 79 มาตรา 80 มาตรา 92 และมาตรา 94 แห่งประมวลกฎหมายนี้ จะจับ ขัง จำคุก หรือค้นในที่รโหฐานหาตัวคนหรือสิ่งของ ต้องมีคำสั่งหรือหมายศาลสำหรับการนั้น” และ

มาตรา 58 บัญญัติว่า “ศาลมีอำนาจออกคำสั่งหรือหมายอาญาได้...”.

อำนาจออกหมายอาญา ส่งผลให้วิธีพิจารณาความอาญาของไทยมีความเป็นเสรีนิยมอย่างสากลทัดเทียมนานาอารยประเทศมากยิ่งขึ้นกว่าในอดีต

(ข) ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม หรือแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (The Due Process of Law Model)

ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม (Due Process) แนวคิดนี้มุ่งเน้นไปที่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ เพื่อควบคุมไม่ให้เกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบ การพิจารณาคดีจะต้องเป็นทางการเปิดเผย โดยทฤษฎีนี้เชื่อว่า “การปล่อยคนผิดสิบคน ดีกว่าการลงโทษผู้บริสุทธิ์เพียงคนเดียว” และจะไม่ยอมรับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ หรือละเมิดต่อกฎหมาย โดยมีหลักว่าบุคคลจะถูกกล่าวหาว่าก่ออาชญากรรมเพียงเพราะมีพยานหลักฐานว่าเขาได้กระทำไม่ได้ แต่การจะลงโทษบุคคลได้นั้นจะต้องผ่านกระบวนการพิจารณาโดยละเอียด ข้อดีของทฤษฎีนี้คือการให้ความสำคัญต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน การพิจารณาคดีต้องเป็นธรรมในทุกขั้นตอน ส่วนข้อเสียคือ ผลของการคุ้มครองและให้ความสำคัญต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากก็อาจเป็นผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยอาจทำให้อาชญากรมีโอกาสหลุดพ้นจากการถูกลงโทษ[147]

แนวคิดกระบวนการนิติธรรม (The Due Process Model) นี้ไม่ได้ปฏิเสธการปราบปรามอาชญากรรม แต่แนวคิดนี้เชื่อมั่นในโครงสร้างที่เป็นทางการของกฎหมายมากกว่า[148] ในขณะที่แนวคิดการควบคุมอาชญากรรมเชื่อมั่นในการค้นหาความจริงและให้ความเชื่อถือต่อความสามารถของเจ้าพนักงานผู้ทำหน้าที่สืบสวนสอบสวนและฟ้องคดีเป็นอย่างมาก แต่แนวคิดกระบวนการนิติธรรม หรือกระบวนการอันชอบธรรมนี้ กลับปฏิเสธการค้นหาความจริงที่ไม่เป็นทางการ และกระทำโดยเจ้าพนักงานในที่นี้หมายถึงการใช้ดุลพินิจอย่างอิสระของเจ้าพนักงาน เนื่องจากมีความเป็นไปได้ว่าจะเกิดความผิดพลาด การจะหลีกเลี่ยงและขจัดความผิดพลาดดังกล่าวให้มากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้จึงต้องมุ่งเน้นถึงการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่เป็นทางการ ศูนย์กลางของแนวคิดนี้คือ “ข้อสันนิษฐานว่าบุคคลผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้บริสุทธิ์” (The Presumption of Innocence) รวมถึงกฎเกณฑ์การควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าพนักงาน และการรับฟังพยานหลักฐานที่รัฐไม่อาจจะล่วงละเมิดกฎเกณฑ์เช่นว่านี้ ซึ่งเป็นการให้ความสำคัญต่อประโยชน์ของปัจเจกบุคคลอันนำไปสู่การจำกัดอำนาจของรัฐ และการลด

---

[147] Herbert Packer. (1968). *supra note 139*, pp. 149-173.

[148] Herbert Packer. (1968). *Ibid*, pp. 149-173.

ประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรมแต่มุ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ดังนั้น กระบวนการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับผู้ต้องสงสัย ผู้ถูกกล่าวหา หรือจำเลย ไม่ว่าในขั้นตอนของการสืบสวนสอบสวน การใช้มาตรการบังคับทางอาญา การฟ้องคดีโดยพนักงานอัยการ รวมกระทั่งการพิจารณาพิพากษาของศาลจะต้องอยู่บนพื้นฐานตามกระบวนการอันชอบธรรมตามกฎหมาย (Due Process of Law) และจะต้องสามารถตรวจสอบได้ บุคคลจะต้องไม่ถูกใช้ "มาตรการบังคับทางอาญา[149]" (compulsory measures) เว้นแต่จะเป็นการแน่ชัดว่าบุคคลนั้นน่าจะกระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยหากมีความจำเป็นเร่งด่วนอย่างยิ่ง แนวคิดนี้ก็ยอมรับว่าเจ้าพนักงานย่อมมีอำนาจดำเนินการไปก่อนได้โดยไม่ต้องขออนุญาตต่อศาล แต่ทั้งนี้กระบวนการในการบังคับใช้มาตรการเช่นว่าย่อมสามารถถูกตรวจสอบได้โดยศาลในภายหลังเช่นกัน

แม้ทฤษฎีทั้งสองจะมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ แต่เป้าหมายหลักนั้นตรงกัน คือ มุ่งรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของสังคมโดยรวม โดยในทางปฏิบัติแล้วจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องนำทั้งสองทฤษฎีนี้มาผสมผสานกันเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่เหมาะสม ดังนั้น วิธีพิจารณาความอาญาที่ดีจึงต้องรักษาสมดุลระหว่างอำนาจรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ กับหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันจะนำไปสู่ความยุติธรรมอย่างแท้จริง เพื่อสังคมจะได้สามารถแยกแยะคนดีออกจากอาชญากร และผู้ที่ถูกกล่าวหา ทั้งต้องกระทบสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมเพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าในทุกประเทศไม่ว่าในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) หรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) ต่างก็มีความพยายามที่จะผสานสองแนวคิดทฤษฎีนี้เข้าด้วยกันเพื่อสร้างจุดสมดุล หรือดุลยภาพ เพื่อให้ประสิทธิภาพในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนดำเนินควบคู่กันไป[150]

มาตรการบังคับทางอาญาเกี่ยวกับการดักการสื่อสารทางโทรคมนาคมมีขึ้นเพื่อใช้เป็นเครื่องมือของรัฐในการแสวงหาพยานหลักฐาน ในขณะเดียวกันมาตรการดังกล่าวย่อมเป็นการจำกัด

---

[149] "มาตรการบังคับ (compulsory measures) เช่น การจับ หรือการค้น เป็นต้น อันเป็นเครื่องมือในการดำเนินคดีอาญาที่สำคัญและจำเป็นต้องมีเพราะหากขาดมาตรการบังคับโดยสิ้นเชิงแล้ว การดำเนินคดีอาญาก็ไม่อาจกระทำได้ อย่างไรก็ตาม กรณีก็จะต้องมีการควบคุมการใช้มาตรการบังคับควบคู่กันไปด้วย", คณิต ณ นคร, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 93*, น.266.

[150] ประธาน วัฒนวาณิชย์, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 143*, น.152.

สิทธิเสรีภาพในการสื่อสารของบุคคลซึ่งรับรองไว้โดยกฎหมายรัฐธรรมนูญ การที่จะประสานประโยชน์ระหว่างรูปแบบการดำเนินคดีอาญาตามแนวคิดควบคุมอาชญากรรม (The Crime Control Model) ที่คำนึงถึงความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของสังคมเป็นสำคัญ กับแนวคิดการดำเนินคดีอาญาในรูปแบบกระบวนการนิติธรรม (The Due Process Model) ที่มุ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลไม่ว่าเป็นผู้ต้องหา หรือจำเลย ถือว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิดจริง “Presumption of Innocence” ก็เพื่อจะเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล กับการคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคมไปด้วยพร้อม ๆ กัน และเป็นไปเพื่อประสานประโยชน์สาธารณะ (Public interest) เข้ากับประโยชน์ของบุคคล (Individual interest) ในสังคมเข้าด้วยกันอีกด้วย[151]

[151] Herbert Packer. (1968). *supra note 139*, pp. 149-173.

บทที่ 4
การใช้มาตรการบังคับของเจ้าพนักงานในการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตตามกฎหมายต่างประเทศ

การดักฟังการกระทำความผิดถือว่าเป็นมาตรการบังคับทางอาญาที่เป็นที่ยอมรับในทางสากล โดยถือว่าเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นต่อการเข้าถึงข่าวสารหรือข้อเท็จจริงในกรณีที่การใช้มาตรการต่าง ๆ ในการสอบสวนตามวิธีพิจารณาความอาญานั้นไม่เพียงพอต่อขั้นตอนหรือกระบวนการกระทำความผิดที่มีความซับซ้อนมากขึ้นในปัจจุบัน ทั้งนี้ เพื่อป้องกันการกระทำความผิด การพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาหรือจำเลย และมีความจำเป็นต่อการทำให้ได้ตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ อย่างไรก็ตาม การที่เจ้าพนักงานกระทำการดักฟังการสื่อสารทางโทรคมนาคมเพื่อทราบข้อมูลการติดต่อสื่อสารของบุคคลนั้นย่อมเป็นการล่วงละเมิดถึงสิทธิขั้นพื้นฐาน คือ สิทธิในความเป็นส่วนตัว (Rights to Privacy) ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การที่เจ้าพนักงานของรัฐจะกระทำการดักฟังการติดต่อสื่อสารทางโทรคมนาคมต่าง ๆ ของบุคคลจึงต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่บัญญัติไว้อันข้อยกเว้นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐอาจกระทำได้เพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกัน และปราบปรามอาชญากรรมที่มีความร้ายแรง โดยผู้บังคับใช้กฎหมายจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องคำนึงถึงผลกระทบที่มีต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลควบคู่ไปด้วย

ปัจจุบันรูปแบบการประกอบอาชญากรรมได้พัฒนาขึ้นจนไปถึงขนาดเป็นอาชญากรรมที่เป็นองค์กร (Organized Crime) ซึ่งใช้วิธีการสื่อสารทางโทรคมนาคมต่าง ๆ ที่มีความซับซ้อนมากขึ้นในการติดต่อเพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิด ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี รวมถึงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ต่างได้นำมาตรการการดักฟังการกระทำความผิดมาใช้บังคับซึ่งมาตรการเช่นนี้ มีความจำเป็นมากยิ่งขึ้นในการสอบสวนคดีอาญา และบริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญาให้มีประสิทธิภาพ เนื่องจากวิธีการสืบสวนตามปกติในบางกรณีอาจไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอต่อความผิดที่มีลักษณะเป็นองค์กรที่มีความซับซ้อนซึ่งถือว่าเป็นการใช้อำนาจ

รัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยมีประโยชน์ในการป้องกันและสืบหาวิธีการก่ออาชญากรรม เช่นเดียวกับการจับ และการค้น เพราะมาตรการดักฟังการสื่อสารทางโทรคมนาคมทำให้รู้ถึงการกระทำความผิด ผู้กระทำความผิด ผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด การติดตามผู้กระทำความผิด การพิสูจน์ความผิด และการลงโทษผู้กระทำความผิด

โดยในบทนี้จะเป็นการศึกษาถึงวิวัฒนาการและแนวคิด รวมทั้งหลักเกณฑ์และวิธีการของกฎหมายต่างประเทศในประเทศที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล เนื่องจากถือได้ว่าประเทศเหล่านี้เป็นประเทศที่มีความเป็นประชาธิปไตยสูง อีกทั้งยังมีประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการทางกฎหมายในเรื่องการดักฟังการสื่อสารทางโทรคมนาคมมาอย่างยาวนาน ดังต่อไปนี้

4.1 การดักฟังการกระทำความผิดของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญอย่างมากต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ขณะเดียวกันก็เป็นประเทศที่มีความก้าวหน้าอย่างสูงในเรื่องทางเทคโนโลยีการสื่อสารโทรคมนาคม ส่งผลให้สิทธิในความเป็นส่วนตัวในการสื่อสารของปัจเจกชนได้รับผลกระทบอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ซึ่งความขัดแย้งของสองสิ่งนี้เป็นที่มาให้มีคดีขึ้นสู่ศาล และต่อมามีคำพิพากษาในเรื่องดังกล่าวจนกระทั่งในท้ายที่สุดได้มีการออกกฎหมายบัญญัติเป็นหลักการเพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right of Privacy) และสิทธิในความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสาร (Privacy of Communication) โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อใช้กับเจ้าพนักงานของรัฐในการดักฟังการกระทำความผิดของบุคคล ทั้งนี้ก็เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไปพร้อมกัน กล่าวคือ แม้ว่าเสรีภาพในการแสดงออกและสิทธิในความเป็นส่วนตัวจะได้รับการรับรองและคุ้มครองในระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ตาม แต่สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวนั้นสามารถถูกจำกัดหรือแทรกแซงได้โดยผลของกฎหมาย ซึ่งประเด็นทางกฎหมายที่จะต้องนำมาประกอบการศึกษาคือเรื่อง ความชอบด้วยกฎหมายในการใช้มาตรการ ความจำเป็น และความได้สัดส่วนของการใช้อำนาจ โดยต้องพิจารณาถึงความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าพนักงาน รวมทั้งศึกษาถึงผลกระทบต่อบุคคลผู้ได้รับผลกระทบการใช้อำนาจ เพื่อให้ทราบว่าการใช้มาตรการนั้นมีความจำเป็นหรือไม่ และกระทำไปได้สัดส่วนกับสิทธิและเสรีภาพที่กฎหมายคุ้มครองไว้ให้แก่ประชาชนหรือไม่อีกด้วย

4.1.1 กฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังการกระทำความผิดของประเทศสหรัฐอเมริกา

การดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมของสหรัฐอเมริกาเริ่มมีปัญหาข้อกฎหมายที่ต้องตีความขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ.1928 ในคดี Olmstead v. United States 277 U.S. 438 (1928)[152] โดยคดีนี้ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักว่า การที่เจ้าพนักงานกระทำการดักฟังทางโทรศัพท์ต่อเอกชนไม่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญสหรัฐฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 4[153] (The Fourth Amendment) ซึ่งคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่จะไม่ถูกค้นและยึดโดยไม่ชอบ โดยศาลตีความว่าการสนทนา (Conversations) ไม่ใช่วัตถุที่มีรูปร่างอันอาจค้นและยึดได้จึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว ข้อเท็จจริงในคดี Olmstead v. United States มีว่าเจ้าพนักงานตำรวจได้ดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ของจำเลยโดยไม่ได้บุกรุกเข้าไปในสถานที่ของจำเลย เพียงแต่พ่วงสายจากสายโทรศัพท์บ้านจำเลย คดีมีประเด็นว่า การที่บุคคลส่งข่าวสารผ่านสายโทรศัพท์จะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญสหรัฐฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 4 (The Fourth Amendment) หรือไม่ ซึ่งศาลสูงวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวไม่มีการบุกรุกเข้าไปในจึงไม่มีสถานที่ที่ถูกค้น กรณีจึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การดักฟังดังกล่าวไม่เป็นการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญ

ต่อมาคำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐอเมริกาในคดี Olmstead v. United States ดังกล่าวข้างต้นได้ถูกกลับโดยคำพิพากษาในคดี Kats v. United States 389 U.S. 347 (1967)[154] คำพิพากษาดังกล่าวได้วางหลักใหม่ซึ่งยังคงใช้เป็นบรรทัดฐานถึงปัจจุบันว่า บทบัญญัติรัฐธรรมนูญสหรัฐฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 4 (The Fourth Amendment) ได้ขยายความคุ้มครองถึงการที่เจ้าพนักงานของรัฐล่วงละเมิดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right of Privacy) ของประชาชน ในการลอบดักฟังและบันทึกการสนทนาระหว่างบุคคลโดยไม่ได้รับความยินยอมด้วย อีกทั้งยังวางหลักต่อไปด้วยว่า The Fourth Amendment ไม่ได้คุ้มครองเฉพาะการค้นและการยึดพยานวัตถุ (material things) โดยไม่ชอบเท่านั้น โดยวินิจฉัยว่าเสียงสนทนาถือเป็นพยานหลักฐานอย่างหนึ่งที่ได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับ

---

[152] Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, (1928), Retrived October 1, 2008, from http://.law.cornell.edu.

[153] รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาบทแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 4 (The Fourth Amendment) บัญญัติว่า “บุคคลมีสิทธิที่จะมีความปลอดภัยมั่นคงในร่างกาย เคหสถาน เอกสาร และวัตถุสิ่งของต่อการค้น การยึด และการจับ ที่ไม่มีเหตุอันควร จะถูกล่วงละเมิดมิได้และห้ามมิให้มีการออกหมาย เว้นแต่จะโดยมีเหตุอันควรซึ่งได้มาโดยการสาบานหรือปฏิญาณตน และหมายนั้นจะต้องระบุเฉพาะเจาะจงถึงสถานที่ซึ่งจะถูกค้นตัวบุคคลที่จะถูกจับและสิ่งของที่จะถูกยึด”.

[154] Katz v. United States, 389 U.S. 347, (1967), Retrived February 14, 2019, from http://.law.cornell.edu.

พยานวัตถุอื่น ๆ การจะพิจารณาว่าบุคคลผู้ดักฟังจะฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญสหรัฐฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 4 หรือไม่ ไม่ได้พิจารณาถึงการบุกรุกเข้าไปในสถานที่ของผู้สนทนาหรือไม่ แต่ต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการล่วงละเมิดต่อการสนทนาที่ผู้สนทนาคาดหมายถึงความเป็นส่วนตัวในการสนทนาของตนได้หรือไม่ หากพิจารณาในแง่วิญญูชนแล้วเห็นว่าผู้สนทนาย่อมคาดหมายถึงความเป็นส่วนตัว[155]ได้แล้ว การดักฟังการสนทนาดังกล่าวไม่ว่าในรูปแบบใดย่อมฝ่าฝืนต่อรัฐธรรมนูญสหรัฐฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 4 นั่นเอง

จากผลของคำพิพากษาศาลฎีกาประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี Kats v. United States มีผลทำให้สภาคองเกรสได้ออกกฎหมายที่มีชื่อว่า The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 ขึ้นเพื่อดักฟังข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันโดยให้อำนาจศาลในการอนุญาตให้เจ้าพนักงานของรัฐมีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกาและมลรัฐดักฟังเพื่อประโยชน์ในการสืบคดีอาญาร้ายแรงบางประเภทได้ ทั้งนี้ก็เพื่อการแก้ไขอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมาย โดยกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ 2 ประการคือ ประการแรก เพื่อคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล (protecting the privacy of individuals) จากการถูกลอบดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคม ดังที่ปรากฏชัดโดยหลักทั่วไปว่า ห้ามดักฟังการกระทำความผิดทางโทรศัพท์ และในประการที่สอง เพื่อให้รัฐสามารถใช้วิธีการเพื่อให้ได้ข้อมูลที่จำเป็นกับการสืบสวนคดีอาญา โดยมีบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข วิธีการที่เจ้าพนักงานของรัฐจะดักฟังการกระทำความผิดทางโทรศัพท์ได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายผสมผสานระหว่างการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลกับบทบาทของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม ทั้งนี้กฎหมายดังกล่าวกำหนดหลักเกณฑ์การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ การคุ้มครองบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจรัฐ ตลอดจนการห้ามศาลมิให้รับฟังข้อมูลอันเกิดจากการใช้อำนาจเข้าถึงข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันโดยมิชอบอีกด้วย

โดยกฎหมายให้อำนาจรัฐเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันนั้นจะต้องพิจารณากฎหมายอีกสองฉบับประกอบ ได้แก่ Foreign Intelligence Surveilance Act of 1978 ซึ่งบัญญัติขึ้นเพื่อขยายอำนาจรัฐในการเข้าถึงข้อมูลอันเป็นประโยชน์ต่อการป้องกันการก่อการร้ายโดยการตรวจสอบทางอิเล็กทรอนิกส์ และ Electronic Communications Privacy Act of 1986 อันเป็นกฎหมายที่

---

[155] กิตติมา ประคุณดี, “การดักฟังโทรศัพท์โดยเจ้าพนักงาน”, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต), กรุงเทพมหานคร:จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, (2533), น.33.

แก้ไขนิยามของการดักฟังตาม U.S. Code ลักษณะ 18 ให้มีความหมายรวมถึงการดักฟังการสื่อสารในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ด้วย[156]

4.1.2 เหตุในการร้องขอให้ดักฟังการกระทำความผิดของประเทศสหรัฐอเมริกา

The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968[157] บัญญัติหลักการสำคัญไว้ว่าห้ามดักฟังการกระทำความผิด เพื่อคุ้มครองสิทธิในการสื่อสาร (Right of Communication) โดยกำหนดให้อำนาจดักฟังเป็นข้อยกเว้น แต่จะเข้าเงื่อนไขของข้อยกเว้นเช่นว่านี้ได้นั้นต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการ ซึ่งถือว่าเป็นเหตุแห่งการร้องขอให้ใช้มาตรการดักฟัง[158] ประการแรก เจ้าพนักงานจะร้องขอให้ดักฟังได้นั้น การดักฟังจะต้องเป็นการใช้มาตรการดังกล่าวเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนและการป้องกันอาชญากรรมบางประเภท และประการที่สอง ต้องพิสูจน์ต่อศาลได้ว่าการดักฟังการกระทำความผิดจะกระทำไปเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนโดยวิธีอื่น ๆ แล้วแต่ไม่ประสบความสำเร็จและถ้าใช้วิธีการอื่นจะมีอันตรายมากเกินกว่าเหตุ กล่าวคือ ถือได้ว่ามาตรการดักฟังการกระทำความผิดเป็นมาตรการลำดับหลังที่ใช้ในการสืบสวนสอบสวนคดีอาญา ซึ่ง The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 ได้เพิ่มเติม Chapter 119 ของลักษณะ 18 ของ U.S. Code ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดักฟังข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันโดยวาจาผ่านการติดต่อสื่อสารทางสายโทรศัพท์ (Wire Communication) ซึ่งต่อมาได้มีการตรา Electronic Communications Privacy Act of 1986 ขึ้นเพื่อขยายขอบเขตของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในส่วนของการดักฟังและการสกัดกั้นการสื่อสาร โดยวาจาให้ครอบคลุมถึงการสื่อสารในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์[159] ซึ่งแต่เดิมจะครอบคลุมเพียงการสื่อสารโดยมีสายเป็นสื่อกลางเท่านั้น[160] ส่งผลให้การดักฟังการสื่อสารระหว่างบุคคลด้วยวาจาไม่ว่าในรูปแบบสายหรือรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์

---

[156] รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่อง กฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดให้รัฐเข้าถึง หรือได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน:กรณีศึกษาประเทศสหรัฐอเมริกา, (น.8-9), โดย อาจารย์ ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ , (2561), กรุงเทพมหานคร:สำนักส่งเสริมวิชาการรัฐสภา สถาบันพระปกเกล้า.

[157] https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-82/pdf/STATUTE-82-Pg197.pdf

[158] The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 Section 2518(1)(C).

[159] Title 18 of the U.S.Code, Chapter 119 (Wire and Electronic Communications Interception and Interception of Oral Communications.

[160] Electronic Communications Privacy Act of 1986, Section 101 (แก้ไขมาตรา 2510(4) ของ Title 18 U.S.Code).

ที่กระทำไปโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายถือเป็นความผิดอาญามีโทษปรับและจำคุกไม่เกินห้าปี หรือทั้งจำทั้งปรับอีกด้วย

4.1.3 ความผิดอาญาที่อาจถูกดักฟังการกระทำความผิดของประเทศสหรัฐอเมริกา

ฐานความผิดอาญาที่อาจถูกดักฟังการกระทำความผิดได้นั้นโดยส่วนใหญ่จะเป็นความผิดที่มีผลกระทบต่อสังคมอย่างรุนแรง ทั้งนี้ เฉพาะแต่ความผิดที่ระบุไว้ตามกฎหมายเท่านั้นที่จะสามารถใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดได้ The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 กำหนดลักษณะของความผิดอาญาบางประเภทที่รัฐสามารถดักฟังการกระทำความผิดได้ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2516 (1)[161] ซึ่งลักษณะของความผิดทางอาญาที่รัฐสามารถดักฟังการกระทำความผิดต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนและป้องกันอาชญากรรม ตามประมวลกฎหมายสหรัฐ (The United State Code/U.S.Code)[162] ดังต่อไปนี้

(1) ความผิดที่มีโทษประหารชีวิต หรือจำคุกเกินกว่า 1 ปี ตามมาตรา 2274 ถึงมาตรา 2277 ของภาค 42 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐเกี่ยวกับการบังคับใช้ The Atomic Energy of 1954

มาตรา 2284 ของภาค 42 แห่งประมวลกฎหมายของสหรัฐเกี่ยวกับการก่อวินาศกรรมอุปกรณ์นิวเคลียร์หรือพลังงาน

ความผิดตามภาค 18 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐในบทที่ 37 เกี่ยวกับการจารกรรม บทที่ 105 เกี่ยวกับการก่อวินาศกรรม บทที่ 115 เกี่ยวกับการก่อกบฏ บทที่ 102 เกี่ยวกับการก่อจลาจล บทที่ 65 เกี่ยวกับการทำลายทรัพย์สินส่วนตัวโดยมีเจตนาร้ายต่อเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินดังกล่าว บทที่ 111 เกี่ยวกับการทำลายเรือ และบทที่ 81 เกี่ยวกับโจรสลัด

(2) การละเมิดมาตรา 186 หรือมาตรา 501(C) ของภาค 29 แห่งประมวลกฎหมายของสหรัฐ เกี่ยวกับข้อจำกัดในการจ่ายเงินและกู้ยืมแก่องค์กรผู้ใช้แรงงาน หรือความผิดที่เกี่ยวข้องกับการฆาตกรรม การลักพาตัวไปเพื่อกักขัง ฆ่า เรียกค่าไถ่ ปล้น หรือกรรโชก และเป็นความผิดที่มีโทษตามภาค 18

(3) ความผิดซึ่งต้องถูกลงโทษตามบทบัญญัติภาค 18 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐ

---

[161] The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 Section 2516 (1).

[162] The United State Code, Retrived October 15, 2019, from https://www.law.cornell.edu/uscode/text.

(4) ความผิดเกี่ยวกับการปลอมแปลงที่ต้องถูกลงโทษภายใต้มาตรา 471 ,472 หรือ 473 แห่งภาค 18

(5) ความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงเกี่ยวกับคดีความ ภาค 11 หรือการผลิต การนำเข้า การรับ การปกปิด การซื้อ การขาย หรือความผิดในลักษณะอื่นที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติด กัญชา หรือยาอันตรายอื่น ๆ ที่มีโทษตามของสหรัฐอเมริกา

(6) ความผิดต่าง ๆ ที่รวมถึงกิจการค้าเชื่อซึ่งเป็นการเอาเปรียบตามมาตรา 892 ,893 หรือ 894 แห่งภาค 18

(7) การฝ่าฝืนมาตรา 5322 แห่งภาค 31 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐ (เกี่ยวกับรายงานธุรกิจทางการเงิน)

(8) การฝ่าฝืนที่เป็นความผิดตามมาตรา 2511 และ 2512 (เกี่ยวกับการดักฟัง ทางโทรศัพท์และการเปิดเผยการสื่อสาร และเครื่องมือดักฟัง) แห่งภาค 18

(9) การฝ่าฝืนบทที่ 71 (เกี่ยวกับการกระทำลามกอนาจาร) แห่งภาค 18

(10) การฝ่าฝืนมาตรา 1679 a (c)(2)(เกี่ยวกับการทำลายท่อส่งก๊าซธรรมชาติ)หรืออนุมาตรา (i) หรือ (n) ของมาตรา 1472 (เกี่ยวกับสลัดอากาศ) แห่งภาค 49 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐ

(11) การฝ่าฝืนทางอาญาใดตามมาตรา 2778 แห่งภาค 22 (เกี่ยวกับ The Arms Export Control Act /พระราชบัญญัติการควบคุมการส่งออกซึ่งอาวุธ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ถือเป็นฐานความผิดที่มีความร้ายแรงอย่างมาก)

(12) ผู้ที่ลี้ภัยมาจากการทำความผิดที่ระบุไว้ในมาตรานี้ หรือ

(13) การสมคบที่จะกระทำความผิดต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้น

(14) การฝ่าฝืนความผิดอาญาแห่งมาตรา 922 และ 924 ในภาค 18 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐ (เกี่ยวกับอาวุธปืน) และ

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

เฉพาะความผิดอาญาดังที่กล่าวมาข้างต้นนี้เท่านั้นที่จะมีการดักฟังการกระทำความผิดทางโทรศัพท์ได้ ความผิดอาญาอื่น ๆ ไม่อาจใช้การดักฟังการกระทำความผิดเพื่อป้องกันและสอบสวนได้

4.1.4 องค์กรผู้มีอำนาจอนุญาตให้ดักฟังและพิจารณาคำร้องขอดักฟังการกระทำความผิดของประเทศสหรัฐอเมริกา

เหตุอันแท้จริงหรือเงื่อนไขที่เจ้าพนักงานต้องแสดงต่อศาลในการขออนุญาตใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิด โดยศาลจะเป็นผู้พิจารณาว่าจะอนุญาตให้เจ้าพนักงานใช้มาตรการดักฟังได้หรือไม่ บัญญัติอยู่ในมาตรา 2518 (1) และ (3)[163] ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับวิธีพิจารณาในการดักฟังการสื่อสารทางสาย ทางคำพูด หรือทางอิเล็กทรอนิกส์

(1) The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 มาตรา 2518 (1) องค์กรที่มีอำนาจอนุญาตและพิจารณาคำร้องขอ ได้แก่ **ศาลยุติธรรม** ที่มีเขตอำนาจ ซึ่งเจ้าพนักงานของรัฐจะต้องทำคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษร โดยต้องประกอบด้วยคำสาบานหรือคำปฏิญาณต่อผู้พิพากษา คำร้องต้องระบุอำนาจของผู้ร้องในการทำคำร้อง รายละเอียดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

(ก) การยืนยันตัวเจ้าพนักงานผู้สืบสวนสอบสวน หรือเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายที่ทำคำร้องขอดักฟังการกระทำความผิดและเจ้าพนักงานของรัฐผู้อนุญาตตามคำร้อง[164]

(ข) รายละเอียดที่ครบถ้วนเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกับคำร้องที่ให้เหตุผลได้ถึงเหตุที่ศาลควรมีคำสั่งอนุญาต ประกอบด้วยรายละเอียด ดังนี้[165]

1) รายละเอียดเกี่ยวกับความผิดโดยเฉพาะซึ่งได้เกิดขึ้น กำลังเกิดขึ้น หรือกำลังจะเกิดขึ้น

2) เว้นแต่ที่กฎหมายกำหนดไว้ในอนุมาตรา (11) รายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะและสถานที่ตั้งเครื่องดักฟังการกระทำความผิด

3) รายละเอียดเกี่ยวกับประเภทของการสื่อสารที่จะดักฟังการกระทำความผิด

4) รายละเอียดเกี่ยวกับบุคคลซึ่งการสื่อสารของผู้กระทำซึ่งจะถูกดักฟังการกระทำความผิดถ้าหากสามารถระบุได้

---

[163] The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 Section 2518 (1) และ (3).

[164] Title of the 18 U.S.Code, Section 2518 1(a).

[165] Title of the 18 U.S.Code, Section 2518 1(b).

(ค) รายละเอียดที่แสดงว่าได้มีการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีอื่นแล้วแต่ไม่ประสบผลสำเร็จหรือไม่ อย่างไร และเหตุผลที่แสดงว่าไม่ประสบความสำเร็จหากใช้วิธีการอื่นหรือจะเป็นอันตรายเกินควร[166]

(ง) ระบุระยะเวลาที่ขออนุญาตดักฟังการกระทำความผิด ถ้าลักษณะแห่งการดักฟังการกระทำความผิดมีว่า การอนุญาตเพื่อดักฟังการกระทำความผิดไม่อาจยุติลงโดยอัตโนมัติ เมื่อการสื่อสารประเภทที่ระบุไว้ได้รับแล้วในโอกาสแรก รายละเอียดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงโดยเฉพาะต้องระบุเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะมีการสื่อสารในประเภทเดียวกันเพิ่มเติมอีกในภายหลัง[167]

(จ) รายละเอียดที่ครบถ้วนเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในเรื่องคำร้องที่ผ่านมาทั้งหมดที่บุคคลผู้อนุญาตและทำคำร้องได้ทราบยื่นต่อผู้พิพากษาใด ๆ เพื่อขออนุญาตดักฟังการกระทำความผิดหรือเพื่อขอรับรองการดักฟังการสื่อสารทางสาย ทางคำพูด หรือทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคคลใด ๆ ที่อยู่ในกลุ่มเดียวกัน เครื่องอำนวยความสะดวก หรือสถานที่ที่ระบุในคำร้อง และผู้พิพากษาสั่งคำร้องแต่ละฉบับอย่างไร[168] และ

(ฉ) ในกรณีที่เป็นคำร้องขอขยายระยะเวลาดักฟังการกระทำความผิด จะต้องระบุว่าการดักฟังการกระทำความผิดยังไม่ได้รับข้อมูลไม่เป็นที่น่าพอใจ หรือคำอธิบายที่มีเหตุผลถึงการล้มเหลวที่จะได้รับจากการดักฟังการกระทำความผิดที่ผ่านมา[169]

ทั้งนี้ ผู้พิพากษาผู้พิจารณาคำร้องอาจเรียกให้ผู้ยื่นคำร้องแสดงพยานหลักฐานเพิ่มเติมในการพิจารณาสั่งคำร้องได้[170]

(2) The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 มาตรา 2518 (3) เมื่อเจ้าพนักงานของรัฐได้ยื่นคำร้องต่อศาลขออนุญาตดักฟังการกระทำความผิดศาลจะพิจารณาคำร้องโดยอาศัยหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ดังต่อไปนี้[171]

---

[166] Title of the 18 U.S.Code, Section 2518 1(c).

[167] Title of the 18 U.S.Code, Section 2518 1(d).

[168] Title of the 18 U.S.Code, Section 2518 1(e).

[169] Title of the 18 U.S.Code, Section 2518 1(f).

[170] Title of the 18 U.S.Code, Section 2518 (2).

[171] Title of the 18 U.S.Code, Section 2518 (3)(a)-(d).

(ก) มีเหตุอันควรเชื่อว่ามีบุคคลกำลังกระทำความผิดและกำลังจะกระทำความผิดเกี่ยวกับการทำความผิดเฉพาะที่ระบุไว้ในมาตรา 2516[172]

(ข) มีเหตุอันควรเชื่อว่าการสื่อสารที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดนั้นจะได้รับจากการดักฟังการกระทำความผิด

(ค) ได้มีการพยายามใช้วิธีการสืบสวนสอบสวนทั่วไปแล้ว และล้มเหลว หรือมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะไม่ประสบผลสำเร็จ แม้จะมีการพยายามหรือเสี่ยงอันตรายอย่างมากเกินสมควร

(ง) เว้นแต่ตามที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (11) มีเหตุอันควรเชื่อว่าเครื่องอำนวยความสะดวก หรือสถานที่ที่จะทำการดักฟังการกระทำความผิดได้กำลังใช้ หรือกำลังจะถูกใช้เกี่ยวกับการกระทำผิด หรือบุคคลดังกล่าวเป็นผู้เช่ามีชื่อเป็นเจ้าของหรือใช้เป็นปกติ

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติแห่ง The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 กำหนดให้บางกรณีที่อาจ **มีความจำเป็นฉุกเฉินเร่งด่วน** ที่จะต้องดักฟังการกระทำความผิดโดยไม่อาจรอให้ได้รับการอนุญาตจากศาลก่อน จึงได้มีบทบัญญัติในมาตรา 2518 (7)[173] วางหลักเกณฑ์ที่เจ้าพนักงานของรัฐผู้ดำเนินการตามกฎหมายซึ่งถูกมอบหมายจากอัยการสูงสุด หรือหัวหน้าพนักงานอัยการประจำท้องที่นั้น ๆ สามารถทำการดักฟังการกระทำความผิดก่อนที่จะได้รับอนุญาตจากศาลได้ในกรณีมีความจำเป็นฉุกเฉินเร่งด่วนตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) จะมี**อันตรายถึงแก่ชีวิตโดยทันที** หรือ**อันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส**ต่อบุคคลใด

(2) มีการกระทำการสมคบคิดซึ่งเป็น**การคุกคามต่อความมั่นคงแห่งรัฐ**

(3) การกระทำการสมคบคิดในลักษณะเป็น**องค์กรอาชญากรรม**

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีเหตุการณ์ที่ต้องด้วยเงื่อนไขข้างต้นแล้ว ยังมีเงื่อนไขอีกประการ คือ กรณีที่จะทำการดักฟังการกระทำความผิดนั้นต้องเป็นกรณีที่ศาลอาจอนุญาตให้ดักฟังการกระทำความผิดได้ โดยหลังจากที่ได้มีการดักฟังการกระทำความผิดกรณีมีความจำเป็นฉุกเฉินเร่งด่วน เจ้าพนักงานจะต้องขออนุญาตต่อศาลภายใน 48 ชั่วโมง หลังจากเริ่มต้นทำการดักฟัง

โดยหากเจ้าพนักงานไม่ทำการขอให้ศาลออกหมายภายในเวลาที่กำหนด การดักฟังการกระทำผิดที่ได้กระทำไปถือว่าเป็นการฝ่าฝืนต่อ The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of

---

[172] **โปรดดู** ฐานความผิดตามหัวข้อ “4.1.3 ความผิดอาญาที่อาจถูกดักฟังการกระทำความผิด” ประกอบ.

[173] The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 Section 2518 (7).

1968 ในกรณีเหตุฉุกเฉินเร่งด่วนนี้แต่ละมลรัฐ สามารถบัญญัติกฎหมายมลรัฐของตนให้มีมาตรฐานในการคุ้มครองสิทธิส่วนตัวของประชาชนสูงกว่านี้ได้ ตัวอย่างเช่น ศาลมลรัฐนิวยอร์กมีวิธีแก้ไขปัญหาการขออนุญาตใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดทางโทรศัพท์ในกรณีฉุกเฉิน โดยทางศาลจะมีคำสั่งให้ใช้มาตรการดักฟังการกระทำความผิดไปก่อนโดยใช้การพิจารณาจากคำให้การของพนักงานอัยการเกี่ยวกับสำนวนด้วยวาจา แต่พนักงานอัยการจะต้องทำสำนวนและคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรไปให้ศาลภายใน 24 ชั่วโมง นับแต่เวลาที่ศาลออกคำสั่ง ด้วยเหตุนี้ หมายชั่วคราวในการดักฟังการกระทำความผิดทางโทรศัพท์ของศาลมลรัฐนิวยอร์กแต่ละครั้งจะมีอายุเพียง 24 ชั่วโมงเท่านั้น ซึ่งถือได้ว่าเป็นการให้ความคุ้มครองต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล (Privacy of Individuals) สูงกว่าที่ The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 ได้บัญญัติเป็นหลักทั่วไปเอาไว้ มีข้อสังเกตว่าหลักสำคัญของกฎหมายว่าด้วยการดักฟังการกระทำความผิดของประเทศสหรัฐที่ถือปฏิบัติในการขออนุญาตศาลในการใช้มาตรการบังคับนี้ก็คือ วิธีการสืบสวนสอบสวนที่เคยใช้อยู่ตามปกติไม่อาจทำได้ เจ้าพนักงานจึงจะอาศัยเงื่อนไขตามกฎหมายในการขออนุญาตใช้มาตรการบังคับเช่นนี้ต่อศาล ทั้งนี้เนื่องมาจากการอนุญาตให้ใช้มาตรการเป็นการก้าวล่วงต่อสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนเป็นอย่างมาก

4.1.5 ระยะเวลาในการดักฟังการกระทำความผิดของประเทศสหรัฐอเมริกา

ระยะเวลาในการดักฟังการกระทำความผิดนั้นศาลจะอนุญาตเกินกว่า 30 วันไม่ได้ หากมีความจำเป็นขอขยายได้อีกไม่เกิน 30 วัน แต่หากเป็นการใช้วิธีการติดตั้ง Pen register เพื่อบันทึกถอดรหัสสารสนเทศเกี่ยวกับโทรศัพท์ การติดต่อ ที่อยู่ หรือสัญญาณซึ่งมีการส่งโดยใช้อุปกรณ์หรือเครื่องมือส่งตามสายหรือทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือติดตั้งอุปกรณ์ Trap and Trace เพื่อบันทึกข้อมูลที่ส่งเข้ามาเพื่อแสดงหมายเลขผู้โทรเข้า ศาลอาจอนุญาตได้ไม่เกิน 60 วัน และขยายได้อีกไม่เกินระยะเวลา 60 วันเช่นเดียวกัน[174]

4.1.6 บทลงโทษเกี่ยวกับการดักฟังการกระทำความผิดโดยมิชอบของประเทศสหรัฐอเมริกา

มีข้อสังเกตว่ากฎหมายฉบับนี้กำหนดบทลงโทษสำหรับการดักฟังและการใช้ข้อมูลที่ได้จากการดักฟังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประเทศสหรัฐอเมริกามีการกำหนดโทษผู้ดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมหรือการเข้าถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยปราศจากอำนาจไว้ใน ประมวลกฎหมายสหรัฐภาค 18 มาตรา 2511 (Interception ad Disclosure of Wire, Oral, or Electronic Communications) ซึ่ง

[174] The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 Section 2518 (5).

บุคคลที่ถูกตัดสินว่าละเมิดต่อมาตรา 2511 นี้อาจถูกระวางโทษจำคุก 5 ปี สำหรับความผิดครั้งแรก และในประมวลกฎหมายสหรัฐภาค 18 มาตรา 2701 (Unlawful Access to Stored Communication) ก็ได้กำหนดให้การกระทำเช่นว่านี้มีโทษทางอาญาด้วยเช่นกัน ในส่วนของการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการดักฟังการกระทำความผิดโดยมิชอบนั้นข้อมูลที่ได้มาจะถูกห้ามมิให้ใช้เป็นพยานหลักฐานในศาล กล่าวคือ ข้อความที่ได้มาจากการสนทนาจะถูกห้ามมิให้ใช้เป็นพยานหลักฐานในศาล เป็นบทตัดพยาน (Exclusionary Rules) และพยานหลักฐานที่ได้มาจากการดังฟังดังกล่าวก็ห้ามรับฟังเป็นพยานหลักฐานด้วยเช่นกัน[175]

4.2 การดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมการกระทำความผิดขึ้นบังคับใช้ ทั้งนี้ ก็เพื่อให้มีกระบวนการขออนุญาตให้ใช้มาตรการการดักฟังการกระทำความผิดจะได้คำนึงถึงเรื่องสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นหลัก โดยถือว่าความลับในการสื่อสารของบุคคลเป็นเรื่องที่จะถูกล่วงละเมิดไม่ได้ โดยประเทศเยอรมนีมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในการติดต่อสื่อสารและสิทธิในความเป็นส่วนตัวด้วยกัน 2 ฉบับ คือ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz – G10) ซึ่งถือเป็นกฎหมายพื้นฐานบัญญัติรับรองและคุ้มครองเรื่องสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในเรื่องความลับในการสื่อสารไว้ในมาตรา 10 หรือ G10 และในการดำเนินคดีอาญาเจ้าพนักงานก็อาจใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมของผู้ต้องสงสัย หรือผู้ต้องหาติดต่อสื่อสารกับผู้อื่นได้โดยอาศัยอำนาจตามวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันมาตรา 100a (Strafprozessordnung - StPO) แยกพิจารณา ดังนี้

4.2.1 กฎหมายเกี่ยวกับการดักการสื่อสารทางโทรคมนาคมของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

(ก) อำนาจรัฐในการดักฟังการกระทำความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 10 (Grundgesetz Artikle 10 (G10))

บทบัญญัติเกี่ยวกับการเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารทางโทรคมนาคมของประเทศเยอรมนีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Grundgesetz – G10) เป็นบทบัญญัติที่อยู่

[175] The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 Section 2515.

ในหมวดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ที่ให้หลักประกันในเรื่องสิทธิและเสรีภาพขึ้นพื้นฐานในเรื่องความลับในการสื่อสารโทรคมนาคมไว้ในมาตรา 10[176]

(1) เจตนารมณ์ของการใช้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการสื่อสารทางจดหมาย พัสดุ และการสื่อสารทางไกลอื่น ๆ รวมถึงการดักการสื่อสารทางโทรคมนาคมด้วย คุณธรรมทางกฎหมายที่ G10 คุ้มครองคือ ความเป็นส่วนตัวของการสื่อสารระหว่างคู่สนทนาในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิส่วนบุคคล เพื่อป้องกันอันตรายที่จะกระทบกระเทือนต่อระเบียบพื้นฐานในการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย (Freiheitliche demokratische Grundordnung) ความดำรงอยู่ ความมั่นคงของสหพันธรัฐหรือของมลรัฐ ความมั่นคงของกองกำลังทางทหารที่ตั้งอยู่ในประเทศสหพันธรัฐหรือมลรัฐ ความมั่นคงของกองกำลังทางทหารที่ตั้งอยู่ในสหพันธ์รัฐเยอรมนีตามสนธิสัญญาป้องกันแอตแลนติกเหนือ (NATO) หรือกองกำลังทหารที่ตั้งอยู่ในมลรัฐเบอร์ลินของมหาอำนาจทั้งสาม โดยเจ้าพนักงานของรัฐที่มีอำนาจเกี่ยวกับการพิทักษ์รัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐและมลรัฐต่าง ๆ สำนักงานการป้องกันประเทศทางทหาร (das Amt fuer den nilitarrichen Abschirmdienst) และสำนักงานข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐ (die Bundesnachrichtendienst) กล่าวคือ อำนาจตาม G10 เป็นอำนาจที่กฎให้ไว้กับหน่วยงานความมั่นคงทางการทหารต่าง ๆ สำนักงานข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐ โดยหน่วยงานเหล่านี้มีอำนาจที่จะทำการเปิดและตรวจดูจดหมาย หรือการแจ้งข่าวสารทางไกลที่ปิดผนึกได้ รวมทั้งการตรวจตราถึงการสื่อสารทางโทรคมนาคมต่าง ๆ และทำการบันทึกไว้เป็นหลักฐาน มาตรา 1 (1) ตาม G10 ซึ่งใช้ในการสืบสวนแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย มิได้นำมาใช้กับการสอบสวนคดีอาญาซึ่งจะต้องใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Strafprozessordnung (StPO))

---

[176] รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 10 บัญญัติว่า “ความลับในการสื่อสารทางจดหมายไปรษณีย์และการสื่อสารทางไกลไม่อาจถูกล่วงละเมิด”.

วรรคสอง “การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในกรณีที่การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานกระทำเพื่อคุ้มครองระเบียบพื้นฐานในการปกครองระบอบประชาธิปไตยและความมั่นคงของสหพันธ์และมลรัฐแล้ว ย่อมตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวได้โดยเจ้าพนักงานของรัฐไม่ต้องแจ้งให้ผู้ถูกกระทบสิทธิทราบ และให้องค์กรหรือองค์กรผู้ช่วยต่าง ๆ ที่แต่งตั้งโดยสภาผู้แทนราษฎรเป็นหน่วยตรวจสอบทดแทนการใช้สิทธิฟ้องร้องต่อศาล”.

(2) องค์กรที่มีอำนาจในการออกประกาศเกี่ยวกับการกำหนดระเบียบของการตรวจตราและการบันทึกข้อมูลการติดต่อสื่อสารทางโทรคมนาคม

G10 ให้การไปรษณีย์ของสหพันธรัฐ (Deutsche Bundespost) มีอำนาจออกประกาศเกี่ยวกับการกำหนดระเบียบการแจ้งข่าวสารในการไปรษณีย์ นอกจากนี้การไปรษณีย์ของสหพันธรัฐและหน่วยงานอื่น ๆ ที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับกิจการการสื่อสารยังมีอำนาจที่จะออกประกาศเกี่ยวกับการกำหนดระเบียบและการแจ้งข่าวสารในการไปรษณีย์ต่าง ๆ และการตรวจตราตลอดจนตลอดจนการบันทึกข้อมูลการติดต่อสื่อสาร โดยจะต้องตรวจสอบตามระเบียบที่ออกตามความในกฎหมายว่าด้วยการทำงานร่วมระหว่างสหพันธรัฐและมลรัฐในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ หลักเกณฑ์ในการ เปิดสิ่งของต่าง ๆ ที่ปิดผนึก และระดับความลับต่าง ๆ (มาตรา 1 (2) ตาม G10)

(3) เหตุที่จะทำการดักการสื่อสารโทรคมนาคม โดยมาตรการดังกล่าวเป็นการจำกัดเสรีภาพในการสื่อสารนั้นจะกระทำได้ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า มีข้อเท็จจริงอันเป็นที่น่าสงสัยว่ามีผู้ใดวางแผนจะกระทำความผิด หรือกระทำความผิด หรือได้กระทำความผิดตามฐานความผิดต่าง ๆ ตามมาตรา 2 (1) ตาม G10 ซึ่งฐานความผิดส่วนใหญ่เป็นความผิดที่มีความร้ายแรงเป็นความผิดที่กระทบต่อความมั่นคงแห่งรัฐ หรือสังคมโดยรวมอย่างมาก ยกตัวอย่างเช่น ความผิดอาญาฐานเป็นศัตรูของประเทศ การกระทำการเป็นอันตรายต่อนิติรัฐและประชาธิปไตย การกระทำการเป็นศัตรูต่อมลรัฐ และฐานกระทำการอันเป็นการกระทบกระเทือนความมั่นคงภายนอกของประเทศ ความผิดอาญาฐานผิดต่อการป้องกันมลรัฐ (gegen die Landesverteidigund) ความผิดอาญาฐานความผิดต่อความมั่นคงของกองกำลังทหารที่ตั้งอยู่ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันตามสนธิสัญญาป้องแอตแลนติกเหนือ ความผิดอาญาฐานก่อตั้งกลุ่มก่อการร้าย (Bildung terrorischer Vereinigungen) เป็นต้น

(4) เงื่อนไขของการใช้อำนาจดักการสื่อสารโทรคมนาคม ตาม G10 กำหนดเงื่อนไขด้วยว่า การกำหนดระเบียบในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยอาศัยเหตุตามที่กล่าวมาในข้อก่อนนี้ จะกระทำได้เฉพาะกรณีที่การค้นหาข้อเท็จจริงโดยวิธีการอื่นไม่อาจกระทำได้ หรือเป็นไปได้ยากยิ่ง และจะกระทำได้เฉพาะต่อบุคคลผู้ต้องสงสัย หรือบุคคลซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าติดต่อกับผู้ต้องสงสัยหรือการให้ข่าวสารต่าง ๆ กับผู้ต้องสงสัย หรือที่ผู้ต้องสงสัยใช้เครื่องมือสื่อสารของบุคคลนั้น แต่จะใช้เงื่อนไขนั้นกับไปรษณีย์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (Abgeordnetenpost) ของรัฐสภาสหพันธรัฐหรือรัฐสภามลรัฐไม่ได้ เว้นแต่คณะกรรมการจะพิสูจน์ได้แน่ชัดว่าไปรษณีย์ดังกล่าวมิได้มาจากสมาชิกสภาผู้แทน

ราษฎรผู้นั้น ทั้งนี้ มีข้อยกเว้นว่าหากเป็นกรณีฉุกเฉิน รัฐมนตรีแห่งสหพันธรัฐผู้มีอำนาจหน้าที่อาจกำหนดให้ใช้มาตรการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการสื่อสารนี้ได้ก่อนจะแจ้งเรื่องต่อคณะกรรมาธิการตามมาตรา 2 (2) ของ G10 โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรวบรวมข่าวต่าง ๆ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอันตรายต่าง ๆ มีการติดอาวุธในการโจมตีสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ทันเวลา และเพื่อเตรียมตัวเผชิญต่อภยันตรายดังกล่าว ตามมาตรา 3 (1) ของ G10

(5) กระบวนการในการขออนุมัติใช้มาตรการจำกัดเสรีภาพในการสื่อสาร

1.การกำหนดให้ใช้มาตรการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการสื่อสารได้เมื่อมีการยื่นคำร้องขอเท่านั้น การยื่นคำร้องขอจะต้องอยู่ในขอบเขตของกิจการงานในหน้าที่ของหน่วยงานที่ยื่นคำร้อง ในกรณีร้องขอตามเหตุในมาตรา 2 ของ G10 ผู้ยื่นคำร้อง ได้แก่

(ก) สำนักงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ (das Bundesamt fur Verfassungsschutz) ต้องยื่นคำร้องขอโดยประธานสำนักงานหรือผู้กระทำการแทน

(ข) เจ้าพนักงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐ (das Bundesamt fur Verfassungsschutz der Laender) ต้องยื่นคำร้องขอโดยหัวหน้าส่วนราชการหรือผู้กระทำการแทน

(ค) การกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อกองกำลังทหารแห่งสหพันธรัฐ (Bundeswehr) สำนักงานเกี่ยวกับการป้องกันตนเองทางทหาร (das Amt fuer den militaerischen) จะต้องยื่นคำร้องขอโดยหัวหน้าส่วนราชการหรือผู้กระทำการแทน

(ง) การกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสำนักงานข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐ (Bundesnachrichtendienst) จะต้องยื่นคำร้องขอโดยหัวหน้าสำนักงานข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐหรือผู้กระทำการแทน

ในกรณีร้องขอตามเหตุมาตรา 3 (1) ของ G10 ผู้ยื่นคำร้องขอ ได้แก่ สำนักงานข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐจะต้องยื่นคำร้องขอโดยหัวหน้าสำนักงานหรือผู้กระทำการแทน

2.คำร้องขอจะต้องระบุประเภท ขอบเขต และระยะเวลาของการขอใช้มาตรการในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวที่ประสงค์จะร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรและต้องให้เหตุผลด้วย โดยผู้ยื่นคำร้องต้องแสดงให้เห็นว่าการค้นหาข้อเท็จจริงโดยวิธีการอื่นไม่อาจจะกระทำได้ หรือเป็นไปโดยยากลำบากตามมาตรา 4 ของ G10

3.ผู้มีอำนาจในการอนุมัติในกรณีที่คำร้องยื่นโดยเจ้าพนักงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐ ผู้ที่มีอำนาจในการอนุมัติและวางข้อกำหนดกฎเกณฑ์ในการปฏิบัติ คือ เจ้าพนักงานมลรัฐในระดับสูงสุดหรือผู้ได้รับมอบหมาย (die zustaendige oberste Landesbehoerde) ในกรณีที่เป็นคำร้องของเจ้าพนักงานระดับสหพันธรัฐผู้มีอำนาจในการอนุมัติดังกล่าว คือ รัฐมนตรีสหพันธรัฐผู้ได้รับมอบหมายอำนาจหน้าที่นี้จากนายกรัฐมนตรีสหพันธรัฐ ตามมาตรา 5(1) ของ G10 รัฐมนตรีสหพันธรัฐผู้มีอำนาจในการอนุมัติการใช้มาตรการในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการสื่อสารของประชาชนจะต้องแจ้งการอนุมัติดังกล่าวให้คณะกรรมาธิการ (Gremiums) ทราบเป็นระยะ ๆ ไม่เกิน 6 เดือนต่อครั้ง คณะกรรมาธิการดังกล่าวประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งสภาแห่งสหพันธรัฐแต่งตั้ง จำนวน 5 คน ให้รับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้

นอกจากนี้ รัฐมนตรีสหพันธรัฐผู้มีอำนาจตามวรรคก่อนจะต้องแจ้งให้คณะกรรมการ (Kommission)[177] อีกคณะหนึ่งทุก ๆ เดือน เกี่ยวกับการบังคับใช้มาตรการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการสื่อสารของประชาชนที่ตนเป็นผู้อนุมัติ ในกรณี**ฉุกเฉินจำเป็นรีบด่วน**สามารถใช้มาตรการดังกล่าวได้ก่อนการแจ้งให้คณะกรรมการทราบ โดยคณะกรรมการนี้เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยด้วยตนเอง หรือเมื่อมีคำร้องเกี่ยวกับความจำเป็น และมูลเหตุของการใช้มาตรการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ และการกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ โดยคณะกรรมการนี้จะวินิจฉัยว่า “ไม่มีมูลหรือไม่มีความจำเป็นในการกำหนดมาตรการเช่นนั้น” ได้ และให้รัฐมนตรีสหพันธรัฐผู้มีอำนาจหน้าที่ดังกล่าวยกเลิกมาตรการที่ใช้นั้นโดยไม่ชักช้า ในส่วนข้อมูลและเอกสารต่าง ๆ ที่รัฐมนตรีสหพันธรัฐได้รับมาจากการใช้มาตรการกับผู้ถูกกระทบสิทธิ หรือเหตุผลต่าง ๆ ที่ตนได้รับมาจากข้อมูลนั้น ๆ ก็จะต้องแจ้งให้คณะกรรมการทราบทุกเดือน และสำหรับกรณีที่ไม่ปรากฏว่าได้ข้อมูลใด ๆ เขาก็จะต้องแจ้งให้คณะกรรมการทราบอย่างช้าที่สุดภายในระยะเวลา 5 ปี หลังจากการเลิกใช้มาตรการนั้น โดยใน

---

[177] คณะกรรมการประกอบด้วย “ประธาน 1 คน ซึ่งมีคุณสมบัติสำเร็จการศึกษาเป็นนักกฎหมายวิชาชีพ คือ มีคุณสมบัติเป็นผู้พิพากษา พนักงานอัยการ หรือทนายความก็ได้ และกรรมการอีก 2 คน ร่วมเป็นคณะกรรมการได้รับการแต่งตั้งจาก คณะกรรมาธิการ (Gremium) โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีแห่งสหพันธรัฐ และอยู่ในวาระตามระยะเวลาของวาระการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร โดยมีหลักเกณฑ์ว่าการดำรงตำแหน่งของคณะกรรมการชุดนี้จะสิ้นสุดลงเมื่อมีการแต่งตั้งคณะกรรมการชุดใหม่ แต่ต้องไม่นานเกินกว่า 3 เดือน นับแต่วันสิ้นสุดวาระของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร คณะกรรมการชุดนี้มีความเป็นอิสระในการทำงานไม่อยู่ภายใต้การสั่งการใด ๆ และมีอำนาจในการออกระเบียบการทำงานของตน โดยจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมาธิการ โดยต้องรับฟังความเห็นจากคณะรัฐมนตรีแห่งสหพันธรัฐเสียก่อนด้วย”.

กรณีที่คณะกรรมการเห็นว่าการแจ้งเรื่องดังกล่าวนั้นได้ปฏิบัติถูกต้องแล้วรัฐมนตรีสหพันธรัฐผู้มีอำนาจหน้าที่ก็ชอบที่จะดำเนินการต่อไปได้

ในกิจการของมลรัฐนั้น สภาของมลรัฐจะเป็นองค์กรที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการอนุมัติเรื่องการใช้มาตรการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการสื่อสารที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานระดับสูงสุดของมลรัฐนั้น ๆ ตลอดจนการตรวจสอบมาตรการต่าง ๆ ที่ออกโดยเจ้าพนักงานระดับสูงสุดของมลรัฐนั้น ๆ ด้วย อนึ่ง การอนุมัติให้ใช้มาตรการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการสื่อสารนี้และการใช้มาตรการดังกล่าวนั้นไม่อาจนำคดีขึ้นสู่ศาลได้ตามมาตรา 9 ของ G10

4.หลักเกณฑ์ในการอนุมัติ

(ก) การอนุมัติจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยแจ้งให้ผู้ยื่นคำร้องไปยังการไปรษณีย์ของสหพันธรัฐ (Die Deutsche Bundespost) หรือหน่วยงานการสื่อสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นเพื่อทราบและปฏิบัติ โดยจะต้องแจ้งประเภท ขอบเขต และระยะเวลาของมาตรการที่กำหนดนั้นตลอดจนสถานที่ซึ่งอนุญาตให้มีการเฝ้าติดตามการติดต่อสื่อสารนั้น ๆ ตามมาตรา 5 (2) ของ G10

(ข) มาตรการที่อนุมัติให้ดำเนินการได้นั้นมีกำหนดระยะเวลานานที่สุดไม่เกิน 3 เดือน แต่อาจยื่นคำร้องขออนุญาตให้มีการอนุมัติได้อีกไม่เกิน 3 เดือน ในกรณีที่เหตุที่มีการยื่นคำร้องนั้นยังคงมีอยู่ตามมาตรา 5 (3) ของ G10

(ค) ให้หน่วยงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแจ้งการอนุมัติในเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้แก่หน่วยงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญในระดับมลรัฐที่เกี่ยวข้องทราบด้วย และให้หน่วยงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญในระดับมลรัฐ แจ้งให้หน่วยงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐทราบถึงการอนุมัติ ในเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่หน่วยงานของตนได้รับมอบหมายให้ดำเนินการด้วยตามมาตรา 5 (5) ของ G10

(ง) มาตรการที่ใช้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนดังกล่าวนี้ จะต้องแจ้งให้กับผู้ถูกกระทบสิทธิโดยตรงเพราะถูกใช้มาตรการดังกล่าวนี้ทราบ เมื่อสภาพความเป็นอันตรายซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นหมดสิ้นลง ถ้ายังไม่อาจวินิจฉัยได้ว่าเหตุความเป็นอันตรายนั้นยังคงมีอยู่หรือไม่ ก็ให้แจ้งทันทีที่วินิจฉัยได้ว่าเหตุแห่งความเป็นอันตรายนั้นหมดสิ้น

ลงแล้ว แต่ไม่จำต้องแจ้งถ้าไม่ปรากฏเหตุดังกล่าวภายใน 5 ปี เมื่อผู้ถูกกระทบสิทธิได้รับการแจ้งถึงการใช้มาตรการดังกล่าว เขาย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องได้ตามมาตรา 5(5) ของ G10

(จ) การใช้มาตรการเพื่อจะดำเนินคดีอาญาตามที่บัญญัติฐานความผิดต่าง ๆ ไว้ในมาตรา 2 จะต้องระบุว่าให้ใช้มาตรการนั้นตามที่ได้มีการร้องขอกับบุคคลใด แต่ถ้าเป็นกรณีที่เกี่ยวกับการป้องกันอันตรายที่จะกระทบกระเทือนต่อระเบียบพื้นฐานในการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยตามเจตนารมณ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ซึ่งมุ่งต่อไปรษณีย์แล้วจะกระทำได้ต่อเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าไปรษณียภัณฑ์นั้นเกี่ยวกับการอนุมัติโดยตรง หรือมีความสัมพันธ์ถึงกันตามมาตรา 6 ของ G10

5.หน่วยงานที่รับผิดชอบในการใช้มาตรการที่ได้รับการอนุมัติมาตรการต่าง ๆ ที่ได้รับการอนุมัติจะต้องอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของหน่วยงานที่มีสิทธิยื่นคำร้อง และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของเจ้าพนักงานของรัฐซึ่งมีคุณสมบัติสำเร็จการศึกษาเป็นนักกฎหมายวิชาชีพแล้วตามมาตรา 7 (1) ของ G10

6.การระงับการใช้มาตรการที่ได้รับการอนุมัติในกรณีที่เหตุแห่งความสงสัยอันเป็นเงื่อนไขของการออกมาตรการนั้นไม่มีอยู่ หรือมาตรการที่ได้กำหนดไว้นั้นหมดความจำเป็นแล้วจะต้องเลิกใช้มาตรการนั้นโดยทันที การเลิกใช้มาตรการด้วยเหตุดังกล่าวหน่วยงานที่ยื่นคำร้องจะต้องแจ้งให้การไปรษณีย์แห่งสหพันธรัฐ หรือหน่วยงานอื่นที่ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับเครื่องสื่อสารทั้งหลายทราบด้วยตามมาตรา 7 (2) ของ G10

7.ข้อกำจัดการใช้ข้อมูลและเอกสารต่าง ๆ ที่ได้มาจากการใช้มาตรการที่ได้รับการอนุมัติข้อมูลและเอกสารต่าง ๆ ที่ได้มาจากการใช้มาตรการดังกล่าวนี้ ไม่อาจนำไปใช้ขยายผลหรือติดตามการกระทำความผิดของบุคคลอื่นนอกเหนือจากบุคคลที่ได้กระทำการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 เว้นแต่เป็นบุคคลผู้ให้ข้อเท็จจริงนั้นเอง ซึ่งมีจุดเชื่อมโยงว่ามีบุคคลวางแผนให้ผู้หนึ่งผู้ใดกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันหรือกระทำความผิดหรือได้กระทำความผิดฐานดังกล่าว แต่เจ้าพนักงานของสหพันธรัฐตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 วรรคหนึ่ง ชอบที่จะใช้ข้อมูลและเอกสารต่าง ๆ ที่ได้มาจากมาตรการที่ได้รับการอนุมัติในการนำไปขยายผลและติดตามการกระทำความผิดตามมาตรา 34 วรรคหนึ่งถึงวรรคหกประกอบกับ มาตรา 35 แห่งกฎหมายว่าด้วยเศรษฐกิจระหว่างประเทศ (Aussenswirtschaftsgesetz) หรือมาตรา 19 วรรคหนึ่งถึง

วรรคสาม มาตรา 20 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ประกอบกับมาตรา 21 แล้วแต่กรณีหรือมาตรา 22 a วรรคหนึ่ง ข้อ 4 ,5 และ 7 แห่งกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาวุธสงคราม (Gesetz ueber die Kontrolle von Kriegswaffen) ตามมาตรา 7 (3) ของ G10

8.การทำลายข้อมูลและเอกสารต่าง ๆ ที่ได้รับมาจากการใช้มาตรการที่ได้รับอนุมัติในกรณีที่ข้อมูลและเอกสารต่าง ๆ ที่ได้มาจากการใช้มาตรการที่ได้รับการอนุมัติเกี่ยวกับการสื่อสารทางไปรษณีย์หรือการสื่อสารทางไกลตามวัตถุประสงค์ที่กล่าวไว้ข้างต้นนี้ไม่มีความจำเป็นจะต้องใช้ประโยชน์อีกต่อไป จะต้องทำลายข้อมูลและเอกสารต่าง ๆ เหล่านี้โดยอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของเจ้าพนักงานของรัฐซึ่งมีคุณสมบัติสำเร็จการศึกษาเป็นนักกฎหมายวิชาชีพ การทำลายดังกล่าวนี้จะต้องมีการบันทึกและลงนามไว้เป็นหลักฐานตามมาตรา 7(4) ของ G10

9.ไปรษณียภัณฑ์ที่ถูกเปิดและตรวจสอบโดยหน่วยงานที่มีอำนาจเสร็จเรียบร้อยแล้วจะต้องรีบดำเนินการส่งให้แก่ผู้รับโดยไม่ชักช้า รวมทั้งโทรเลขที่ถูกตรวจสอบนั้นจะต้องส่งให้แก่ผู้รับโทรเลขโดยเร็วต่อไป ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนการยึดไปรษณีย์โดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี ตามมาตรา 8 ของ G10

เมื่อพิจารณาเงื่อนไขกฎหมายแล้วสรุปได้ว่า มาตรการดักการสื่อสารตามรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ มาตรา 10 (G10) กระทำได้ต่อเมื่อเกิดกรณีสงสัยว่ามีผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับความสงบของประเทศ ความมั่นคงที่กระทบภายในและภายนอกประเทศ การก่อการร้าย หรือกฎหมายว่าด้วยคนต่างด้าว และการค้นหาข้อเท็จจริงโดยวิธีการอื่นไม่สามารถกระทำได้หรือหากกระทำได้ก็เป็นไปด้วยความยากลำบากเกินควร และมาตรการดักการสื่อสารจะกระทำได้เฉพาะต่อบุคคลต้องสงสัยเท่านั้นซึ่งกฎหมายหมายบัญญัติให้สำนักงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ เจ้าพนักงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐ สำนักงานเกี่ยวกับการป้องกันตนเองทางทหาร หรือสำนักงานข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐ ต้องยื่นคำร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดประเภท ขอบเขต ระยะเวลา และระบุถึงเหตุแห่งการค้นหาข้อเท็จจริงโดยวิธีการอื่นไม่สามารถกระทำได้ หรือหากกระทำได้ก็เป็นไปด้วยความยากลำบากเกินควร โดยมีผู้มีอำนาจในการอนุมัติ คือ เจ้าพนักงานของรัฐในระดับสูงสุด หรือรัฐมนตรีสหพันธรัฐซึ่งจะอนุญาตได้ไม่เกิน 3 เดือน

มาตรการที่ได้รับอนุมัติอาจถูกระงับการอนุมัติได้ เมื่อกรณีเหตุแห่งความสงสัยไม่มีอยู่หรือไม่มีความจำเป็นที่จะเข้าถึงข้อมูลและเอกสารต่าง ๆ เนื่องจากไม่อาจนำไปใช้ขยายผลหรือติดตาม

การกระทำความผิดของบุคคลอื่นได้อีกต่อไป เว้นแต่มีจุดเชื่อมโยงของการวางแผนหรือมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับฐานความผิดที่ได้กำหนดไว้ ดังนั้น เมื่อข้อมูลหรือเอกสารต่าง ๆ ไม่มีความจำเป็นต้องใช้อีกต่อไปจะต้องทำลายข้อมูลและเอกสารต่าง ๆ ภายใต้การควบคุมดูแลของเจ้าพนักงานของรัฐ ผู้ใดฝ่าฝืนต้องระวางโทษทางอาญาและมีโทษปรับทางปกครองอีกส่วนหนึ่งด้วย

(ข) อำนาจรัฐในการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี (Strafprozessordnung (StPO))

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนีได้บัญญัติเรื่องอำนาจในการดักการสื่อสารโทรคมนาคม และอำนาจในการยึดไปรษณียภัณฑ์ไว้ต่างหากจากกัน เดิมจะมีเฉพาะแต่อำนาจในการยึดไปรษณีย์บัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลแต่ในกรณีฉุกเฉินจำเป็นก็ให้พนักงานอัยการมีอำนาจดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ ไปรษณียภัณฑ์ที่จะถูกยึดได้นั้นจะต้องเป็นจดหมาย พัสดุไปรษณีย์ หรือโทรเลขที่ส่งมาให้แก่ผู้ถูกกล่าวหาซึ่งจะเป็นประโยชน์แก่การค้นหาความจริง[178] กระบวนการใช้อำนาจรัฐในการยึดไปรษณียภัณฑ์ของผู้ถูกกล่าวหาเป็นพื้นฐานความคิดของการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนีในเรื่องการดักการสื่อสารโทรคมนาคมโดยรัฐในเวลาต่อมา จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงหลักการยึดไปรษณียภัณฑ์ของผู้ถูกกล่าวหาประกอบหลักเกณฑ์ของการดักฟังการกระทำความผิดด้วย

(1) การดักไปรษณียภัณฑ์ได้มีบัญญัติไว้ใน มาตรา 99 StPO และมีเงื่อนไขในการใช้มาตรการบัญญัติไว้ในมาตรา 100 StPO ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี ซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์สำคัญดังนี้

1) ผู้มีอำนาจในการยึดคือ ศาล เว้นแต่กรณีจำเป็นเร่งด่วนพนักงานอัยการก็มีอำนาจสั่งยึดไปรษณียภัณฑ์ได้

2) กรณีเป็นการยึดไปรษณียภัณฑ์ของพนักงานอัยการจะต้องนำมาให้ศาลสั่งเห็นชอบภายในเวลา 3 วัน นับแต่วันที่ทำการยึดนั้น มิฉะนั้นการยึดดังกล่าวย่อมเป็นอันสิ้นผลบังคับ

---

[178] The German Code of Criminal Procedure Section § 99 (StPO) “Seizure of postal items and telegrams addressed to the accused which are held in the custody of persons or enterprises providing, or collaborating in the provision of, postal or telecommunications services on a commercial basis shall be admissible. Seizure of postal items and telegrams shall also be admissible where known facts support the conclusion that they originate from the accused or are intended for him and that their content is of relevance to the investigation.”.

3) อำนาจในการเปิดไปรษณียภัณฑ์เป็นอำนาจของศาล ซึ่งอาจมอบหมายอำนาจให้พนักงานอัยการเป็นผู้กระทำการแทนเพื่อมิให้เกิดความล่าช้า ในกรณีเช่นว่านี้พนักงานอัยการจะต้องรีบส่งมอบไปรษณียภัณฑ์ที่ยึดมานั้นในสภาพที่ยังไม่ได้เปิดออกดูให้แก่ศาลโดยไม่ชักช้า

4) กรณีที่ศาลจะมีคำสั่งเกี่ยวกับการยึดไปรษณียภัณฑ์ซึ่งได้กระทำไปก่อนโดยพนักงานอัยการ หากศาลเห็นชอบกับคำสั่งยึดนั้น ศาลจะเป็นผู้มีอำนาจสั่งให้เปิดไปรษณียภัณฑ์

5) ไปรษณียภัณฑ์ที่ไม่มีคำสั่งให้เปิดหรือไปรษณียภัณฑ์ที่ถูกเปิดแล้วและเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องยึดไว้ จะต้องส่งให้กับผู้รับโดยไม่ชักช้า

ศาลที่มีเขตอำนาจ คือ ศาลแขวง (Amtsgericht) ที่สำนักงานอัยการที่ยึดไปรษณียภัณฑ์นั้นตั้งอยู่[179]เป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยเกี่ยวกับการยึดไปรษณียภัณฑ์โดยพนักงานอัยการ ส่วนศาลที่มีอำนาจในการเปิดไปรษณียภัณฑ์ที่ยึดมานั้นคือ ศาลที่มีคำสั่งให้ยึดหรือเห็นชอบกับการยึดไปรษณียภัณฑ์นั้น

(2) อำนาจในการดักฟังและบันทึกการสื่อสารโทรคมนาคม

อำนาจในการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคม ขั้นตอน และกระบวนการใช้อำนาจ[180]เป็นบทบัญญัติที่เพิ่มเติมขึ้นภายหลัง โดยมีเจตนารมณ์ของการบัญญัติเพื่อให้เจ้าพนักงานของรัฐมีอำนาจในการตรวจตราดูแล และทำการบันทึกการติดต่อสื่อสารเพื่อประโยชน์ต่อการรวบรวมพยานหลักฐานมาใช้ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดอาญาในคดีอาญาที่มีความร้ายแรงที่สุด หรือความผิดที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ซึ่งบทบัญญัติตามมาตรา 100a StPO ถือเป็นบทบัญญัติโดยตรงในการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมและการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมที่มีการเข้ารหัสไว้ ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี มาตรา 100a วรรคสอง StPO

ตั้งแต่ปี ค.ศ.1968 เป็นต้นมา บทบัญญัติมาตรา 100a StPO ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลายครั้ง โดยช่วงปี 70 เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อต่อสู้กับผู้ก่อการร้าย และอีกครั้งในช่วงปี 90 ได้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรการบังคับทางอาญา โดยเฉพาะมาตรการบังคับทางอาญาที่กระทำโดยลับ และการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดเกิดขึ้นเมื่อเดือนกันยายน ค.ศ.2017 ด้วยกฎหมายว่าด้วยการจัดการคดีอาญาให้มีประสิทธิภาพและเหมาะสมกับทางปฏิบัติ (Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren

---

[179] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 98 (StPO).

[180] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100a (StPO).

Ausgestaltung des Strafverfahrens) เป็นการเพิ่มบทบัญญัติให้อำนาจแก่หน่วยงานของรัฐในการดักและบันทึกการสื่อสารโทรคมนาคมที่เข้ารหัสไว้และค้นออนไลน์ได้เป็นครั้งแรก[181]

เงื่อนไขในการใช้มาตรการดักและบันทึกการสื่อสารโทรคมนาคม

1) ต้องปรากฏว่ามีความสงสัยว่ามีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น โดยจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงสนับสนุนว่ามีความสงสัยว่าการกระทำความผิดอาญาที่บัญญัติไว้ในมาตรา 100a StPO เกิดขึ้นเสียก่อน โดยใช้ระดับความสงสัยเพียงระดับเบื้องต้น[182] (Anfangsverdacht) เท่านั้น โดยการวินิจฉัยว่าความสงสัยระดับเบื้องต้นปรากฏขึ้นหรือไม่ เป็นดุลพินิจของศาลซึ่งเป็นผู้มีอำนาจออกหมายดักการสื่อสารโทรคมนาคม

2) ฐานความผิดที่สามารถใช้มาตรการได้

การดักการสื่อสารโทรคมนาคมจะกระทำได้แต่เฉพาะฐานความผิดตามที่ปรากฏในมาตรา 100a II StPO เท่านั้น โดยมีเจตนารมณ์ในการใช้มาตรการนี้ต่อความผิดอาญาที่เป็นความผิดอาญาร้ายแรง โดยแบ่งได้ดังนี้[183]

กลุ่มที่ 1 ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่มีความร้ายแรง ยกตัวอย่างเช่น ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ การเป็นปรปักษ์ต่อระบอบเสรีประชาธิปไตย ความมั่นคงในทางระหว่างประเทศ ความผิดฐานรับหรือให้สินบนเจ้าพนักงาน อาชญากรรมเกี่ยวกับการป้องกันประเทศ ความผิดฐานฆาตกรรม ฆ่าโดยไม่มีเจตนา ความผิดต่อเสรีภาพ ปล้นทรัพย์ ชิงทรัพย์ กรรโชก ความผิดเกี่ยวกับการฟอกเงิน ความผิดเกี่ยวกับการปลอมแปลงเอกสาร ความผิดฐานฉ้อโกง เป็นต้น

กลุ่มที่ 2 ความผิดเกี่ยวกับกฎหมายการคลัง ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการหนีภาษี ความผิดเกี่ยวกับการยักย้ายถ่ายเททรัพย์สินอันได้จากการเลี่ยงภาษี

กลุ่มที่ 3 ความผิดตามพระราชบัญญัติเวชภัณฑ์ยา

กลุ่มที่ 4 ความผิดตามพระราชบัญญัติวิธีการลี้ภัย

---

[181] รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่อง กฎหมายเกี่ยวกับการให้รัฐเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน:กรณีศึกษาสหพันธรัฐเยอรมนี, (น.6), โดย ผศ.ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน , (2561), กรุงเทพมหานคร:สำนักส่งเสริมวิชาการรัฐสภา สถาบันพระปกเกล้า.

[182] ผศ.ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน, *เพิ่งอ้าง*, (น.7).

[183] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100a (2) (StPO).

กลุ่มที่ 5 ความผิดตามพระราชบัญญัติถิ่นที่อยู่ ได้แก่ ความผิดฐานนำคนต่างด้าวเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย ความผิดเกี่ยวกับการค้ามนุษย์

กลุ่มที่ 6 ความผิดตามพระราชบัญญัติการค้าและการชำระเงินต่างประเทศ

กลุ่มที่ 7 ความผิดตามพระราชบัญญัติยาเสพติด ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการค้ายาเสพติด ความผิดยาเสพติดที่กระทำโดยองค์กรค้ายาเสพติด และ

กลุ่มที่ 8 ความผิดตามพระราชบัญญัติการควบคุมสารตั้งต้น

กลุ่มที่ 9 ความผิดตามพระราชบัญญัติควบคุมอาวุธสงคราม

กลุ่มที่ 10 ความผิดตามกฎหมายต่อต้านอาชญากรรมระหว่างประเทศ ได้แก่ ความฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงคราม

กลุ่มที่ 11 ความผิดตามพระราชบัญญัติอาวุธ

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าเจตนารมณ์ดั้งเดิมของผู้ร่างบทบัญญัติเรื่องหลักการดักการสื่อสารโทรคมนาคมนั้น ฐานความผิดที่จะนำมาตรการดักการสื่อสารโทรคมนาคมมาใช้ได้โดยหลักการแล้วจะต้องเป็นความผิดที่มีความร้ายแรง หรือเป็นความผิดที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ เนื่องจากการใช้การดักการสื่อสารโทรคมนาคมในการสอบสวนคดีอาญาทุกฐานความผิดย่อมเป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างรุนแรง ทั้งบุคคลที่สามที่ไม่เกี่ยวข้องก็อาจได้รับผลกระทบได้ แต่ตลอด 50 ปีของการใช้บังคับมาตรา 100a StPO มีการแก้ไขเพิ่มเติมถึง 25 ครั้ง และส่วนมากเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องฐานความผิดซึ่งพบว่า การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวไม่ได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ดั้งเดิมสักเท่าใด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การนำเอาความผิดอาญาประเภทก่ออันตรายเชิงนามธรรม (abstrakte Gefahrdungsdelikt) ความผิดอาญาที่มีโทษจำคุกขั้นต่ำไม่ถึง 1 ปี และความผิดอาญาที่กระทำโดยประมาท มาเพิ่มเติมในฐานความผิดที่สามารถใช้มาตรการดักการสื่อสารโทรคมนาคมได้[184]

3) การแสวงหาพยานหลักฐานไม่อาจทำได้ด้วยวิธีการอื่น[185] หรือการค้นหาแหล่งหรือถิ่นที่อยู่ของผู้ถูกกล่าวหาโดยวิธีการอื่นเป็นไปได้ยากหรือไม่อาจเป็นไปได้

เงื่อนไขประการสุดท้ายของการขอใช้มาตรการดักการสื่อสารโทรคมนาคม มาตรา 100a StPO ยังกำหนดด้วยว่า หน่วยงานของรัฐจะสามารถใช้มาตรการดักการสื่อสารโทรคมนาคมนี้ได้

---

[184] ผศ.ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 181*, (น.7).

[185] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100a (1)3 (StPO).

ก็ต่อเมื่อการค้นหาความจริงในคดีหรือการทราบถึงสถานที่ที่ผู้ถูกกล่าวหาใช้เป็นที่อาศัยอยู่นั้นทำได้ยากลำบากหรือเป็นไปไม่ได้เลย ตามหลัก Subsidiarity[186] โดยในคำร้องขอใช้มาตรการดักการสื่อสารโทรคมนาคมจะต้องบรรยายให้ได้ว่า การสอบสวนโดยไม่ใช่มาตรการดังกล่าวไม่อาจประสบความสำเร็จได้หรืออาจทำได้โดยยากลำบากเพราะเหตุใด ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวนี้เป็นความพยายามของฝ่ายนิติบัญญัติในการทำให้การใช้มาตรการดักการสื่อสารโทรคมนาคมมีได้เฉพาะกรณีที่การใช้มาตรการบังคับทางอาญาโดยทั่วไปจะล้มเหลวหรืออาจจะล้มเหลวนั่นเอง

แต่เดิมบทบัญญัตินี้ใช้คำว่า “การสื่อสารทางไกล” แต่ก็ได้ยกเลิกถ้อยคำดังกล่าวเมื่อปี ค.ศ. 1997 มาใช้คำว่า “การสื่อสารโทรคมนาคม” (Telecommunication) แทนซึ่งหมายความถึง ขั้นตอนทางเทคนิคในการส่ง ถ่ายทอด และรับสัญญาณด้วยอุปกรณ์สื่อสาร รัฐสามารถได้มาซึ่ง**เนื้อหาของการสื่อสาร**โทรคมนาคมและบันทึกเนื้อหาของการสื่อสารนั้นที่กำลังเดินทางจากผู้สื่อสารคนหนึ่งไปยังผู้สื่อสารอีกคนหนึ่งในเครือข่ายโทรคมนาคมสาธารณะ ซึ่งก็ได้แก่การสื่อสารด้วยโทรศัพท์บ้าน โทรศัพท์เคลื่อนที่ การส่งข้อความผ่านบริการส่งข้อความสั้น (SMS) และข้อความมัลติมีเดีย (MMS) รวมถึงการส่งโทรสารและโทรพิมพ์[187]

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันอินเทอร์เน็ตเข้ามามีบทบาทอย่างมากในชีวิตประจำวัน โดยที่อุปกรณ์และเครื่องมือต่าง ๆ ก็ได้รับการพัฒนาให้เหมาะสมกับวิถีชีวิตของผู้ใช้มากยิ่งขึ้น การสื่อสารกันระหว่างบุคคลจึงเปลี่ยนจากเดิมจากที่เคยใช้โทรศัพท์โทรหากันผ่านสัญญาณโทรศัพท์ในแบบเดิม เปลี่ยนมาสื่อสารกันบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตแทน เช่น การโทรศัพท์ผ่านอินเทอร์เน็ต (Voice-over-IP – VoIP) หรือการส่งข้อความผ่านระบบการส่งข้อความทันที (Instant Messaging) ซึ่งเนื้อหาของการสื่อสารกันด้วยวิธีการเช่นว่านี้จะถูกเข้ารหัสไว้ ทำให้หน่วยงานที่มีอำนาจสอบสวนคดีอาญาเมื่อต้องการข้อมูลที่จะใช้ในการสืบสวนสอบสวนแล้วก็จะได้รับแต่เพียงข้อมูลที่ถูกเข้ารหัสเอาไว้ และการถอดรหัสก็ไม่สามารถทำได้ด้วยวิธีการปัจจุบัน หรือแม้จะทำได้ก็ต้องใช้ค่าใช้จ่ายที่สูงรวมทั้งใช้ระยะเวลามากไม่ทันท่วงที ดังนั้น มาตรา 100a StPO จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อเปิดช่องให้หน่วยงานของรัฐสามารถได้มาซึ่งเนื้อหาของการสื่อสารด้วยวิธีการเพื่อให้ได้มาซึ่งเนื้อหาก่อนที่จะเข้ารหัส หรือเนื้อหาหลังจากถอดรหัสแล้วโดยใช้โปรแกรมพิเศษที่ได้ถูกนำไปติดตั้งไว้ที่เครื่องมือ

---

[186] ผศ.ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 181*, (น.8-9).

[187] ผศ.ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน, *เพิ่งอ้าง*, (น.9).

หรืออุปกรณ์ปลายทางแล้วเรียกว่า (**Quellen - TKÜ**)[188] โดยบทบัญญัตินี้จำกัดขอบเขตการใช้มาตรการดักการสื่อสารโทรคมนาคมไว้แต่เพียง**เนื้อหาของการสื่อสารเท่านั้น** ไม่รวมถึงข้อมูลอื่น ๆ ที่อยู่ในระบบเทคโนโลยีสารสนเทศที่เกี่ยวข้อง

การใช้มาตรการดักและบันทึกการสื่อสารโทรคมนาคม โดยหลักจะกระทำได้ก็แต่**โดยคำสั่งศาลเท่านั้น**เป็นผู้อนุญาตให้ออกหมายให้ใช้มาตรการ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการที่กฎหมายพยายามให้องค์กรที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลางเข้ามาควบคุมการใช้มาตรการบังคับทางอาญาโดยเป็นผู้เข้ามาตรวจสอบการมีอยู่ของเงื่อนไขในการใช้มาตรการเป็นสำคัญ เหตุผลก็เนื่องมาจากมาตรการดังกล่าวจะเกิดขึ้นในทางลับโดยที่ผู้ได้รับผลกระทบจะไม่สามารถปัดป้องหรือขัดขวางไม่ให้การใช้มาตรการเกิดขึ้นได้เลยนั่นเอง ทั้งนี้ กฎหมายบัญญัติให้**พนักงานอัยการเป็นผู้ร้องขอ**ให้ใช้มาตรการดักการสื่อสารโทรคมนาคมต่อศาล แต่กฎหมายก็ผ่อนคลายหลักไว้ด้วยว่าในกรณีจำเป็นเร่งด่วน พนักงานอัยการสามารถอนุญาตให้ใช้มาตรการดังกล่าวได้[189]

คำสั่งอนุญาตหรือหมายดักและบันทึกการสื่อสารโทรคมนาคมจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและมีข้อความดังต่อไป โดยระบุชื่อและที่อยู่ของบุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการข้อกล่าวหาที่เป็นฐานของการใช้มาตรการ วิธีการ ขอบเขต ระยะเวลาและเวลาสิ้นสุดของการใช้มาตรการ ประเภทของข้อมูลที่จะได้มาจากการใช้มาตรการและความสำคัญของข้อมูลนั้นต่อการดำเนินคดี และเบอร์โทรศัพท์หรือข้อมูลที่ระบุการเชื่อมต่อที่จะดักและบันทึกการสื่อสาร หรือเครื่องมือหรืออุปกรณ์ปลายทาง[190]

เมื่อศาลอนุมัติแล้ว ผู้ให้บริการสื่อสารโทรคมนาคมมีหน้าที่ต้องเปิดช่องทางให้หน่วยงานของรัฐสามารถดักและบันทึกการสื่อสารโทรคมนาคมได้ และจะต้องให้ข้อมูลที่จำเป็นโดยไม่ชักช้า[191]

---

[188] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100a วรรคสอง (StPO) แก้ไขเพิ่มเติม .บัญญัติว่า "2การสื่อสารโทรคมนาคมอาจถูกตรวจสอบและบันทึกไว้ได้ หากมีความจำเป็น โดยวิธีการทางเทคนิคผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ ก่อนที่เจ้าของข้อมูลจะทำการเข้ารหัส เพื่อให้สามารถตรวจสอบและบันทึกข้อมูลที่อยู่ในรูปแบบที่ยังไม่มีการเข้ารหัสได้ 3เนื้อหาและเรื่องราวของการสื่อสารผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศของบุคคลผู้ต้องสงสัยอาจถูกตรวจสอบและบันทึกได้ หากสามารถตรวจสอบและบันทึกข้อมูลที่มีการเข้ารหัสไว้ในระหว่างการส่งผ่านเครือข่ายโทรคมนาคมสาธารณะได้"

[189] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100e วรรคแรก (StPO).

[190] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100e วรรคสาม (StPO).

[191] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100a วรรคสี่ (StPO).

นอกจากนั้นโปรแกรมที่ใช้ในการดักและบันทึกการสื่อสารจะต้องสามารถบันทึกวันเวลาที่มีการใช้มาตรการ รายละเอียดของข้อมูลที่ระบุถึงระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ รายละเอียดที่จะทำให้การดักและบันทึกการสื่อสารเกิดขึ้นได้ และหน่วยงานที่จะเป็นผู้ดำเนินการตามมาตรการดังกล่าว[192] โดยหากว่าเงื่อนไขในการออกหมายไม่ปรากฏอีกต่อไป มาตรการดักและบันทึกการสื่อสารจะต้องสิ้นสุดลงโดยไม่ชักช้า โดยต้องแจ้งไปยังศาลผู้ออกหมายด้วย[193]

มาตรการดักการสื่อสารโทรคมนาคมสามารถใช้ได้กับทั้งผู้ถูกกล่าวหา ผู้ส่งข่าวให้แก่ผู้ถูกกล่าวหา และผู้ที่เป็นเจ้าของระบบการสื่อสารโทรคมนาคมที่ผู้ถูกกล่าวหาใช้ ซึ่งการใช้มาตรการดักการสื่อสารทางโทรคมนาคมหลีกเลี่ยงไม่ได้เลยที่จะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะเป็นบุคคลผู้ที่ติดต่อกับผู้ถูกกล่าวหา หรือบุคคลผู้ที่ผู้ถูกกล่าวหาติดต่อไปหา มาตรการนี้ก็สามารถดักการติดต่อสื่อสารโทรคมนาคมได้ทั้งหมด โดยเฉพาะบุคคลประเภทสุดท้ายซึ่งเป็นบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการอย่างมากเนื่องจากบุคคลผู้นี้มักจะไม่เกี่ยวข้องใด ๆ กับการกระทำความผิด[194] กฎหมายได้เพิ่มเติมหลักการนี้เมื่อ ค.ศ.1968 ในวรรคสาม ของมาตรา 100a StPO

ข้อมูลที่ได้จากการดักการสื่อสารโทรคมนาคมบางประเภทนั้นแม้จะได้มาพร้อมกับการใช้มาตรการแต่รัฐก็ไม่สามารถจะนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานได้ มาตรา 100d วรรคแรก StPO กำหนดว่าหากข้อมูลที่ได้มาจากมาตรการดักและบันทึกการสื่อสารโทรคมนาคมเป็นข้อมูลเกี่ยวกับ “แกนกลางของการใช้ชีวิตส่วนตัว” การใช้มาตรการไม่อาจกระทำได้ ข้อเท็จจริงใด ๆ ที่เกี่ยวข้องก็ไม่อาจใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีได้เช่นกัน และจะต้องถูกลบไปโดยไม่ชักช้าอีกด้วย ทั้งนี้ ข้อมูลที่เกี่ยวกับแกนกลางของการใช้ชีวิตส่วนตัว (Core area of private living) ได้แก่ ข้อมูลที่ได้จากการสนทนาระหว่างผู้ที่ถูกกระทบสิทธิกับสมาชิกในครอบครัว ผู้ให้คำปรึกษาทางโทรศัพท์ ทนายความ หรือแพทย์ เป็นต้น[195] ซึ่งในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานนั้น มาตรา 100d วรรคสอง StPO บัญญัติว่าข้อเท็จจริงใด ๆ ที่เกี่ยวกับแกนกลางของการใช้ชีวิตส่วนตัวที่ได้มาจากการใช้มาตรการดักและบันทึกการสื่อสารโทรคมนาคม ไม่อาจใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีได้และจะต้องถูกลบโดยไม่ชักช้า ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการได้มาและการลบข้อมูลเหล่านั้นจะต้องถูกบันทึกไว้ เพื่อทำให้การตรวจสอบ

---

[192] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100a วรรคหก (StPO).

[193] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100e วรรคห้า (StPO).

[194] ผศ.ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 181*, (น.11-12).

[195] ผศ.ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน, *เพิ่งอ้าง*, (น.12).

ความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลของการใช้มาตรการดักและบันทึกการสื่อสารโทรคมนาคมสามารถเกิดขึ้นได้

การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้มาตรการ หลักการนี้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 101 วรรคสี่ StPO ถือเป็นหลักประกันของหลักฟังความทุกฝ่ายเพื่อให้เกิดความโปร่งใสและตรวจสอบได้ ขั้นตอนคือให้มีการแจ้งกลับไปยังผู้ที่เข้าร่วมการสื่อสารโทรคมนาคมนั้นว่าได้มีการใช้มาตรการดังกล่าว โดยจะต้องแจ้งสิทธิในการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและระยะเวลาในการใช้สิทธิในให้ทราบด้วยตามวรรคเจ็ด ทั้งนี้ก็เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ที่ถูกกระทบสิทธิสามารถปกป้องตนเองจากการถูกละเมิดสิทธิได้ แต่สิทธิที่จะได้รับการแจ้งนี้ศาลสามารถใช้ดุพินิจโดยอาจพิจารณาว่าบุคคลนั้นถูกละเมิดสิทธิเพียงเล็กน้อยและสันนิษฐานได้ว่าเขาไม่ให้ความสนใจที่จะได้รับการแจ้งกลับศาลก็อาจแจ้งไปหรือไม่ก็ได้ แต่หากเป็นกรณีที่ไม่รู้ตัวผู้เข้าร่วมในการสื่อสารโทรคมนาคมศาลสามารถสั่งให้สอบสวนหาตัวผู้ที่ใช้การสื่อสารโทรคมนาคมนั้นได้หาต้องการจะแจ้งกลับไปยังผู้เข้าร่วมนั้น แต่จะกระทำได้ต่อเมื่อมีความจำเป็นเท่านั้น โดยพิจารณาจากความรุนแรงของการละเมิดสิทธิที่เกิดกับบุคคลนั้นและภาระที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำเช่นนั้นด้วย[196]

4.2.2 ระยะเวลาในการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ มาตรา 10 (G10) บัญญัติให้สำนักงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ เจ้าพนักงานคุ้มครองและพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐ สำนักงานเกี่ยวกับการป้องกันตนเองทางทหาร หรือสำนักงานข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐ ต้องยื่นคำร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดประเภท ขอบเขต และระยะเวลา โดยต้องระบุถึงเหตุแห่งการค้นหาข้อเท็จจริงโดยวิธีการอื่นไม่สามารถกระทำได้ หรือหากกระทำได้ก็เป็นไปด้วยความยากลำบากเกินควรซึ่งผู้มีอำนาจในการอนุมัติ คือ เจ้าพนักงานมลรัฐในระดับสูงสุด หรือรัฐมนตรีสหพันธรัฐ ซึ่งจะอนุญาตได้ไม่เกิน 3 เดือน และจะต้องแจ้งการอนุมัติดังกล่าวให้คณะกรรมาธิการทราบเป็นระยะ ๆ ไม่เกิน 6 เดือนต่อครั้ง

ส่วนระยะเวลาในการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (StPO) กฎหมายได้กำหนดระยะเวลาของการอนุมัติให้ใช้มาตรการดักและบันทึกการสื่อสารโทรคมนาคมกระทำได้สูงสุดไม่เกิน 3 เดือน โดยไม่ต้องคำนึงว่าโปรแกรมที่ใช้ในดักและ

---

[196] ผศ.ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน, *เพิ่งอ้าง*, (น.12-13).

บันทึกการสื่อสารได้ถูกติดตั้งเมื่อใด การขอขยายระยะเวลาสามารถกระทำได้ตราบเท่าที่เงื่อนไขการใช้มาตรการยังคงปรากฏอยู่ โดยสามารถขยายได้ครั้งละไม่เกิน 3 เดือน[197]

เมื่อเงื่อนไขในการออกคำสั่งให้ดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมหมดไป กฎหมายกำหนดให้มาตรการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมที่ศาลออกคำสั่งไปสิ้นสุดลงโดยไม่ชักช้า และเมื่อดำเนินการตามมาตรการดังกล่าวสิ้นสุดแล้ว ให้ศาลที่ออกคำสั่งแจ้งผลของการใช้คำสั่งดังกล่าวด้วย[198]

4.2.3 กระบวนการอนุญาตให้ใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมกรณีจำเป็นเร่งด่วนของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กรณีฉุกเฉินเร่งด่วนนั้นประเทศสหพันธรัฐเยอรมนีมีการบัญญัติการใช้มาตรการดักการสื่อสารทางโทรคมนาคมกรณี **มีความจำเป็นเร่งด่วนหรือกรณีฉุกเฉินหากเนิ่นช้าไปจะเกิดความเสียหาย** เพื่อให้การใช้มาตรการบังคับดังกล่าวเป็นไปอย่างรวดเร็วทันต่อการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นเฉพาะหน้า

กรณีการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี (StPO) ในกรณีฉุกเฉินหากเนิ่นช้าไปจะเกิดความเสียหายขึ้น กฎหมายกำหนดให้พนักงานอัยการมีอำนาจในการออกคำสั่งอนุญาตให้ใช้มาตรการดังกล่าวได้ แต่หากภายใน 3 วันทำการ ไม่ปรากฏคำสั่งอนุมัติจากศาลให้ดักการสื่อสารโทรคมนาคม ให้ถือว่าการอนุญาตของพนักงานอัยการเป็นอันสิ้นสุดลง[199]

ส่วนในกรณีกฎหมายรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ มาตรา 10 (G10) กำหนดให้เป็นอำนาจรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์เป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดให้ใช้มาตรการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการสื่อสารได้ก่อนจะแจ้งเรื่องต่อคณะกรรมาธิการ

4.2.4 การใช้และการเก็บรักษาข้อมูลที่ได้จากการใช้มาตรการดักฟังและบันทึกการสื่อสารโทรคมนาคมของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

หลักการนี้มีขึ้นเพื่อความคุ้มครองตามกฎหมายให้แก่ผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิจากการใช้มาตรการ เป็นการกำจัดความไม่ชัดเจนและช่องว่างของกฎหมาย รวมถึงแก้ไขให้กฎหมายโปร่งใส

---

[197] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100b (1) (StPO).

[198] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100b (4) (StPO).

[199] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100b (1) (StPO).

และปฏิบัติได้จริงมากขึ้น ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยเป็นแนวทางไว้ โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (StPO) ได้บัญญัติถึงการใช้และการเก็บรักษาข้อมูลที่ได้จากการใช้มาตรการดักและบันทึกการสื่อสารโทรคมนาคมไว้ในมาตรา 101 และ 101a StPO โดยมาตรา 101 เป็น “กฎเกณฑ์ในการดำเนินการตามมาตรการที่กระทำโดยลับ” ถือเป็นบทบัญญัติกลางสำหรับการใช้มาตรการทางอาญาที่กระทำโดยลับหลาย ๆ มาตรการด้วยกัน เช่น การค้นออนไลน์ (มาตรา 100b) การแอบฟังในที่รโหฐาน (มาตรา 100c) การแฝงตัว (มาตรา 110a) การสืบสวนและตรวจสอบทางเทคนิคสำหรับอุปกรณ์มือถือ โดยวิธีการติดตามโทรศัพท์มือถือโดยใช้อุปกรณ์ IMSI-Catcher ซึ่งจะเก็บข้อมูลเกี่ยวกับสถานที่ที่อยู่ของโทรศัพท์มือถือที่ถูกส่งจากโทรศัพท์มือถือไปยังศูนย์กลางข้อมูลโดยอัตโนมัติ (มาตรา 100i) และรวมถึงมาตรการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมตามมาตรา 100a StPO นี้ด้วย[200]

ขั้นตอนเมื่อมีการใช้มาตรการดักและบันทึกการสื่อสารโทรคมนาคมแล้วนั้น เจ้าพนักงานมีหน้าที่ต้องทำเครื่องหมายแสดงให้เห็นว่าข้อมูลใดเป็นข้อมูลที่ได้มาจากการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคม และแม้ได้มีการส่งต่อข้อมูลเช่นว่านั้นไปยังหน่วยงานอื่นแล้ว การทำเครื่องหมายแสดงข้อมูลก็ให้คงไว้เช่นเดิมต่อไป[201]

ในส่วนข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้มาจากการใช้มาตรการดักการสื่อสารโทรคมนาคมที่ไม่จำเป็นสำหรับการดำเนินคดีอาญาและการตรวจสอบการใช้มาตรการโดยศาลอีกต่อไปแล้ว กฎหมายกำหนดให้ “ลบเสียโดยไม่ชักช้า” โดยการลบจะต้องถูกบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่หากการลบข้อมูลส่วนบุคคลนั้นถูกเลื่อนออกไปเพราะเหตุรอการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้มาตรการโดยศาล ข้อมูลเหล่านี้ย่อมถูกนำกลับมาใช้ได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลแต่อย่างใด[202]

ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ มาตรา 10 (G10) กำหนดให้มาตรการที่ได้รับอนุมัติอาจถูกระงับการอนุมัติได้เมื่อกรณี “เหตุแห่งความสงสัยไม่มีอยู่” หรือ “ไม่มีความจำเป็น” ที่จะเข้าถึงข้อมูลและเอกสารต่าง ๆ เนื่องจากไม่อาจนำไปใช้ขยายผลหรือติดตาม

---

[200] ผศ.ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 181*, (น.15-17).

[201] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 101 วรรคสาม (StPO).

[202] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 101 วรรคแปด (StPO).

4.2.5 ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการได้มาโดยมิชอบซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการได้มาโดยมิชอบซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Strafgesetzbuch – StGB) ลักษณะที่ 15 ว่าด้วยการล่วงละเมิดพื้นที่ในการใช้ชีวิตส่วนตัวและในความลับ มาตรา 201 ถึง 210 โดยความผิดฐานล่วงล้ำความเป็นส่วนตัวของคำพูดตามมาตรา 201 ข้อพิจารณาที่สำคัญประการหนึ่งคือ การกระทำความผิดฐานนี้จะเป็นความผิดต่อเมื่อได้กระทำไปโดยไม่ได้รับอนุญาตด้วย โดยถ้อยคำว่า “โดยไม่ได้รับอนุญาต” นี้ไม่ใช่องค์ประกอบความผิดแต่เป็นความผิดกฎหมายของการกระทำความผิดตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญา กล่าวคือ ความยินยอมของผู้ถูกกระทบสิทธิไม่ทำให้การกระทำถึงกับขาดองค์ประกอบความผิดหรือทำให้ผู้กระทำความผิดนี้มีอำนาจกระทำได้โดยไม่เป็นความผิดแต่อย่างใด ดังนั้น ในกรณีที่ผู้กระทำมีอำนาจตามกฎหมาย อาทิกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานดักการสื่อสารโทรคมนาคมได้ การกระทำจึงไม่เป็นความผิด[203]

4.2.6 กระบวนการเผยแพร่และจัดทำรายงานสรุปผลการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีกำหนดขั้นตอนสำคัญเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีการเปิดเผยถึงจำนวนการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมและวิธีการ รวมทั้งฐานความผิดที่นำมาตรการดังกล่าวมาใช้ โดยให้มลรัฐและอัยการสูงสุดแห่งสหพันธรัฐต้องรายงานเกี่ยวกับการใช้มาตรการตามมาตรา 100a (StPO) ของหน่วยงานหรือในความรับผิดชอบของตน รายงานต่อสำนักงานกระทรวงยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐในทุกปีปฏิทินในแต่ละปี จนถึงวันที่ 30 มิถุนายนของปีถัดจากปีที่รายงาน โดยกฎหมายกำหนดให้สำนักงานกระทรวงยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐจัดทำบทสรุปของการใช้มาตรการตามคำสั่งดังกล่าวทั่วทั้งสหพันธรัฐในปีที่จัดทำรายงานและเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวนี้บนอินเทอร์เน็ต[204]

กฎหมายยังกำหนดถึงรายละเอียดด้วยว่า รายงานนี้จะต้องระบุถึง จำนวนขั้นตอนและวิธีการในการใช้มาตรการดังฟังการสื่อสารโทรคมนาคมตามมาตรา 100a (StPO) จำนวนคำสั่งในการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคม โดยต้องแยกระหว่าง ก) คำสั่งแรกและคำสั่งที่มีการขยายระยะเวลา

---

[203] ผศ.ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 181*, (น.17-19).

[204] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100b (5)(StPO).

และ ข) การสื่อสารทางโทรศัพท์ โทรศัพท์เคลื่อนที่ และบนอินเทอร์เน็ต และในประการสุดท้าย รายงานจะต้องระบุถึงการกระทำความผิดอาญาพื้นฐานในแต่ละกรณี ตามรายการที่ระบุไว้ในมาตรา มาตรา 100a (2)(StPO) อีกด้วย[205]

4.3 การดักการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สิทธิในความเป็นส่วนตัว (le droit a la protection de la vie privee) ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสผ่านการตีความคำประกาศสิทธิมนุษยชนฝรั่งเศส ค.ศ.1789 ข้อ 2 และได้รับการยืนยันในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 9 ซึ่งบัญญัติว่า ทุกคนมีสิทธิได้รับการเคารพความเป็นส่วนตัว แต่อย่างไรก็ตามรัฐก็มีหน้าที่รักษาความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของสังคม จึงมีความจำเป็นต้องสามารถเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลหรือข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันได้ในบางกรณี โดยกฎหมายที่ให้รัฐเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันในสาธารณรัฐฝรั่งเศส เช่น การดักข้อมูลของผู้กระทำความผิดเพื่อนำมาเป็นหลักฐานในการดำเนินคดีอาญา หรือดักข้อมูลโดยอำนาจทางปกครองเพื่อป้องกันการก่อการร้าย[206] ซึ่งกฎหมายดังกล่าวจะต้องรักษาสมดุลระหว่างการใช้อำนาจรัฐในการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้อยู่บนพื้นฐานของหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนซึ่งถือเป็นเรื่องที่กฎหมายว่าด้วยการให้รัฐเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันในสาธารณรัฐฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับประเด็นนี้อย่างมาก

ประเทศฝรั่งเศสเป็นที่มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการให้รัฐเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน เกี่ยวกับการดักฟังการกระทำความผิด โดยแบ่งออกเป็น รัฐบัญญัติ เลขที่ 91-646[207] ในบรรพที่ 2 ว่าด้วยการดักฟังการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเพื่อรักษาความมั่นคง โดยให้อำนาจฝ่ายบริหารได้แก่ นายกรัฐมนตรี หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายแทน โดยคำแนะนำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการภายใน หรือรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบกิจการศุลกากร ทำการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ

---

[205] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100b (6)(StPO).

[206] รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่อง การให้รัฐเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน:กรณีศึกษาสาธารณรัฐฝรั่งเศส, (น.3), โดย รศ.ดร.ปกป้อง ศรีสนิท , (2561), กรุงเทพมหานคร:สำนักส่งเสริมวิชาการรัฐสภา สถาบันพระปกเกล้า.

[207] Retrived October 10, 2008, from https://www.legifrance.gouv.fr.

โดยแบ่งออกเป็นสองลักษณะที่ต่างกันเรียกว่า การดักฟังโดยอำนาจศาล (ecoute judiciaries) และการดักฟังทางปกครอง (ecoute admistratives)

4.3.1 กฎหมายเกี่ยวกับการตรวจการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

การใช้มาตรการตรวจตราการติดต่อสื่อสารทางโทรคมนาคมย่อมมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัว" (Rights of Privacy) โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อเสรีภาพในการสื่อสารโทรคมนาคม (Privacy of posts and Telecommunications) อันเป็นสิทธิมนุษยชนที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสรับรองคุ้มครอง ดังนั้น กรณีมีปัญหาที่ต้องพิจารณากันว่า การกระทำดังกล่าวขององค์กรและเจ้าพนักงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่รักษาความมั่นคงของรัฐและรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น มีอำนาจหน้าที่สอบสวนคดีอาญาได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และข้อมูลที่ได้มาจากกระทำเช่นว่านี้จะสามารถใช้พิสูจน์ความผิดของจำเลยในคดีอาญาได้หรือไม่เพียงใด[208]

อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน[209] ค.ศ.1950 (European Convention for the Protection of Human Right and Fundamental Freedoms) ได้รับรองเสรีภาพในการสื่อสารของปัจเจกบุคคลซึ่งประเทศฝรั่งเศสก็ได้ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาฯ ดังกล่าวแล้วตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958 มาตรา 55[210] ซึ่งในขณะนั้นประเทศฝรั่งเศสยังไม่มีการตรารัฐบัญญัติ เลขที่ 91-646 ขึ้นบังคับใช้ โดยประเทศฝรั่งเศสก็ได้นำอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานมาใช้กับการตรวจตราการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมโดยองค์กรและเจ้าพนักงานของรัฐ ต่อมาได้เกิดปัญหาในการตีความขึ้นในคดี Kruslin ระหว่างศาลฝรั่งเศส กับศาลยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

---

[208] กมลชัย รัตนสกาววงศ์ และวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, รายงานการศึกษาวิจัยแนวทางในการยกร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง, (กรุงเทพมหานคร:สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2540), น.38.

[209] จรัญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน, (กรุงเทพมหานคร:นิติธรรม, 2556), น.468.

[210] รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958 มาตรา 55 บัญญัติว่า "สนธิสัญญาหรือความตกลงใด ๆ ที่ได้รับการให้สัตยาบัน หรือโดยความเห็นชอบ เมื่อได้ประกาศโฆษณาแล้วย่อมมีผลบังคับสูงกว่ารัฐบัญญัติ ทั้งนี้ เมื่อภาคีอีกฝ่ายหนึ่งได้ปฏิบัติตามสนธิสัญญาหรือความตกลงนั้น ๆ เช่นเดียวกัน".

โดยคดีนี้ ผู้พิพากษาไต่สวน[211] (Le Juge d'instruction) แห่งเมือง Sain-Gaudens ได้มอบหมายให้เจ้าหน้าที่ตำรวจยุติธรรม (L'officier de police judiciaire) สอบสวนคดีฆาตกรรม โดยให้เจ้าหน้าที่ทำการดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคลที่ใช้เครื่องโทรศัพท์ ต่อมาได้มีการใช้ข้อมูลที่ได้จากดักฟังและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์มาดำเนินคดีกับนาย Kruslin ในท้ายที่สุดนาย Kruslin ได้ยื่นฟ้องต่อศาลยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เพื่อให้พิจารณาว่ากฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสขัดต่ออนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งอาจแบ่งพิจารณาได้ดังนี้

(1) ปัญหาเกี่ยวกับการตรวจตราการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของบุคคลในกฎหมายภายในของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

แนวคิดเกี่ยวกับปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของการตรวจตราการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของบุคคล ก่อนวันที่รัฐบัญญัติ 91-646 จะมีผลบังคับใช้ ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายฉบับใดให้อำนาจแก่องค์กรและเจ้าพนักงานของรัฐตรวจตราการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม คงมีเพียงแต่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 81 บัญญัติไว้กว้าง ๆ แต่เพียงว่า "ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย ผู้พิพากษาไต่สวน[212] (Le Juge d'instruction) มีอำนาจดำเนินการอย่างใด ๆ ตามแต่จะเห็นสมควรเพื่อทำความจริงให้ปรากฏ" และมาตรา 951 แห่งประมวลกฎหมายฉบับเดียวกันอนุญาตให้ผู้พิพากษาไต่สวนมอบหมายให้เจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรม (Officier de police judiciaire) ดำเนินการใด ๆ ที่จำเป็นแก่การค้นหาความจริงแทนตนได้ อย่างไรก็ตาม ปรากฏจากคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสหลาย ๆ ฉบับว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาทั้งสองมาตรานี้แม้กฎหมายจะให้อำนาจผู้พิพากษาไต่สวนตรวจตราการติดต่อสื่อสารถึงกันของบุคคลทางโทรศัพท์ หรือมอบหมายให้เจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรมกระทำการเช่นว่านั้นแทนตนก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริง หรือพิสูจน์ความผิด และเอาตัวผู้กระทำผิดมาฟ้องร้องลงโทษก็ตาม แต่ความเป็นจริงในทางปฏิบัติผู้พิพากษาไต่สวนจะมิได้ทำการตรวจตราการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของ

---

[211] "ผู้พิพากษาไต่สวน คือ ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น (Un juge du tribunal de grande instance) คนหนึ่งที่ได้รับมอบหมายจากผู้พิพากษาหัวหน้าศาลชั้นต้นนั้นให้ดำเนินการสอบสวนคดีหรือมอบหมายการสอบสวน (Commission Rogatoire) ให้เจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายคดี (La police judiciaire) ดำเนินการภายใต้การกำกับดูแลของผู้พิพากษาไต่สวน"

[212] อุทัย อาทิเวช, รวมบทความกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร:ห้างหุ้นส่วนจำกัด วี.เจ.พริ้นติ้ง, 2557), น.238-245.

บุคคลด้วยตนเอง แต่จะมอบหมายให้เจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรมดำเนินการแทนตน โดยระบุให้ทำการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ระหว่างเครื่องโทรศัพท์หมายเลขใดกับหมายเลขใด และเมื่อได้รับมอบหมายแล้วเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรมก็จะออกหมายเกณฑ์ให้ผู้อำนวยการชุมสายโทรศัพท์จังหวัดดำเนินการต่อไปอีกทอดหนึ่ง

(2) ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน[213] ค.ศ.1950 (European Convention for the Protection of Human Right and Fundamental Freedoms) ของการตรวจตราการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม มาตรา 8[214] ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ทัศนะของศาลยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เริ่มต้นจากการยืนยันว่าการที่องค์กรและเจ้าพนักงานของรัฐทำการดักฟังการกระทำความผิดและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคลนั้นเป็นการแทรกแซงการใช้สิทธิในชีวิตส่วนตัวและการติดต่อสื่อสารถึงกันตามมาตรา 8 องค์กรและเจ้าพนักงานของรัฐจะกระทำการดังกล่าวจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อ

1) มีกฎหมายให้อำนาจ และ

2) เป็นมาตรการซึ่งในสายตาของสังคมประชาธิปไตยแล้วจำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมาย ดังระบุไว้ในอนุมาตรา (2)

โดยศาลยุโรปได้พิจารณากฎหมายฝรั่งเศสที่เกี่ยวกับการตรวจตราการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมแล้วเห็นว่า บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 81

---

[213] จรัญ โฆษณานันท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 209*, น.468.

[214] อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950 มาตรา 8 บัญญัติว่า

"(1) บุคคลทุกคนที่มีสิทธิที่จะได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัว ชีวิตครอบครัว เคหสถาน และการติดต่อสื่อสารถึงกัน"

(2) องค์กรและเจ้าพนักงานของรัฐจะแทรกแซงการใช้สิทธิดังกล่าวได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายและเฉพาะแต่ในกรณีที่การกระทำดังกล่าวเป็นมาตรการซึ่งในสายตาของสังคมเสรีประชาธิปไตยแล้ว จำเป็นต่อการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตร่างกาย และทรัพย์สินของประชาชน การรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน และการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดอาญา การคุ้มครองสุขภาพอนามัยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น".

และมาตรา 951 ถือว่าเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจผู้พิพากษาไต่สวน หรือเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรมที่ได้รับมอบอำนาจจากผู้พิพากษาไต่สวนทำการดักฟังการกระทำความผิดและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคลเพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริง หรือพิสูจน์ความผิดและนำตัวผู้กระทำผิดมาฟ้องร้องลงโทษ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวก็มีคุณลักษณะสอดคล้องกับหลักการปกครองโดยกฎหมายทุกประการ กล่าวคือ บุคคลโดยทั่วไปสามารถรับรู้ได้ อีกทั้งยังมีความแน่นอนชัดเจน เพียงพอที่จะทำให้ปัจเจกบุคคลสามารถคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าในกรณีใดและภายใต้เงื่อนไขอย่างไร ผู้พิพากษาไต่สวนหรือเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรมซึ่งได้รับมอบอำนาจจากผู้พิพากษาไต่สวน จึงจะทำการดักฟังการกระทำความผิดและบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์ระหว่างผู้ต้องสงสัยกับผู้อื่นได้โดยชอบ[215]

อย่างไรก็ตาม ศาลยุโรปเห็นว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 81 และมาตรา 951 ยังมิได้ให้หลักประกันที่เพียงพอต่อปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจดังกล่าวตามอำเภอใจ กล่าวคือ

(1) ไม่ปรากฏว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือคำพิพากษาใด ได้กำหนดประเภทของบุคคลที่อาจถูกดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ และประเภทของความผิดที่อาจใช้มาตรการดังกล่าวไว้ จึงเปิดช่องให้มีการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคลได้อย่างไม่จำกัดอันขัดกับความในอนุสัญญาฯ มาตรา 8 (2) ที่ว่าการแทรกแซงการใช้สิทธิในชีวิตส่วนตัว และในการติดต่อสื่อสารถึงกันต้องเป็นมาตรการซึ่งในสายตาของสังคมประชาธิปไตยจำเป็นแก่การธำรงรักษาไว้ซึ่งคุณค่าต่าง ๆ

(2) ไม่ปรากฏว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือคำพิพากษาใด กำหนดระยะเวลาขั้นสูงที่จะทำการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ของบุคคลไว้

(3) ไม่ปรากฏว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือคำพิพากษาใด กำหนดเงื่อนไขของการถ่ายการสนทนาเป็นลายลักษณ์อักษร มาตรการรักษาสิ่งบันทึกการสนทนาเพื่อป้องกันการตัดต่อหรือทำให้เสียลักษณะดั้งเดิมได้ไว้เลย และกฎหมายฝรั่งเศสก็มิได้กำหนดบังคับให้มีการลบหรือทำลายสิ่งบันทึกการสนทนาเมื่อหมดความจำเป็นต้องใช้ไว้เลยเช่นกัน

ดังนั้น ศาลยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน จึงสรุปว่า “ระบบกฎหมาย” (Regime juridique) ที่เกี่ยวกับการตรวจตราการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของ

---

[215] ECHR Case Kruslin v France, Application no. 11801/85, From https://hudoc.echr.coe.int/eng.

ปัจเจกบุคคลของประเทศฝรั่งเศสนั้นยังไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 อันเป็นที่มาและเป็นเหตุปัจจัยสำคัญที่ผลักดันให้สาธารณรัฐฝรั่งเศสตรารัฐบัญญัติ เลขที่ 91 - 646 ลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ.1991 ว่าด้วยการคุ้มครองความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมขึ้นใช้บังคับ

4.3.2 สาระสำคัญของรัฐบัญญัติเลขที่ 91–646 ลงวันที่ 10 กรกฎาคม 1991 ว่าด้วยการคุ้มครองความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้บัญญัติประเภทความผิดที่อาจทำการดักฟังการกระทำความผิดโดยการสนทนาทางโทรศัพท์ไว้ในรัฐบัญญัติ เลขที่ 91-646[216] ลงวนที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ.1991 ว่าด้วยการคุ้มครองความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม แยกออกเป็น 2 บรรพ โดยบรรพแรกว่าด้วยการดักฟังการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมตามคำสั่งศาล และบรรพที่สองว่าด้วยการดักฟังการสื่อสารถึงกัน ทางโทรคมนาคมเพื่อการรักษาความมั่นคง โดยบัญญัติมาตราแรกว่า “ความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย องค์กรของรัฐจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบกระเทือนต่อความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมได้ก็เฉพาะแต่ในกรณีที่จำเป็นแก่การธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะและภายในขอบเขตที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้,”[217] ซึ่งถือว่ามาตราดังกล่าวเป็นหลักทั่วไปของรัฐบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งรัฐบัญญัติดังกล่าวมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

(1) การดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมตามคำสั่งศาล[218] หรือเรียกว่าการดักฟังโดยอำนาจศาล (ecoute judiciares)

1.1 ในคดีอาญาซึ่งมีโทษจำคุกขั้นต่ำตั้งแต่ 2 ปีขึ้นไป เมื่อมีความจำเป็นที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิด และเอาตัวผู้กระทำผิดมาฟ้องร้องลงโทษ ผู้พิพากษาไต่สวนมีอำนาจที่จะสั่งให้ดักฟัง บันทึก และถ่ายเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของบุคคลและควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าว

---

[216] Retrived October 10, 2008, from https://www.legifrance.gouv.fr.

[217] กมลชัย รัตนสกาวงศ์ และวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 208*, น.91.

[218] กมลชัย รัตนสกาวงศ์ และวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *เพิ่งอ้าง*, น.92-94.

1.2 คำสั่งให้ดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และต้องระบุหมายเลขเครื่องที่จะมีการติดต่อสื่อสาร ความผิดที่เป็นมูลเหตุจูงใจให้ออกคำสั่งเช่นว่านี้และกำหนดเวลาที่คำสั่งมีผลบังคับไว้ด้วย อนึ่ง กำหนดเวลาที่คำสั่งให้มีผลบังคับได้นานไม่เกิน 4 เดือน และขยายออกไปได้ภายใต้รูปแบบ และเงื่อนไขดังกล่าวได้อีกไม่เกิน 4 เดือน

1.3 ผู้พิพากษาไต่สวน[219] (Le Juge d'instruction) หรือเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรมซึ่งได้รับมอบอำนาจจากผู้พิพากษาสอบสวน มีอำนาจสั่งให้องค์กรและหน่วยงานที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบกิจการโทรคมนาคมหรือองค์กรและหน่วยงานที่ได้รับสัมปทานการบริการสาธารณะทางด้านโทรคมนาคมแล้วแต่กรณีติดตั้งเครื่องดักฟัง

1.4 การติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมต้องจัดทำรายงานการดักฟังและบันทึกการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมโดยรายงานดังกล่าวจะต้องระบุวันเวลาที่เริ่มต้น และสิ้นสุดการดักฟังการกระทำความผิดและบันทึกการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมไว้ด้วย

1.5 สิ่งบันทึกการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมจะต้องปิดผนึกและประทับตรา ต้องถ่ายการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และรวบรวมไว้ในสำนวนการสอบสวน ในกรณีที่มีการติดต่อสื่อสารถึงกันเป็นภาษาต่างประเทศ ให้จัดผู้เชี่ยวชาญด้านการแปลจัดทำคำแปลเป็นภาษาฝรั่งเศส

1.6 ให้อัยการสูงสุด หรือพนักงานอัยการควบคุมการ "ทำลาย" สิ่งบันทึกการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเมื่อคดีอาญานั้นหมดอายุความฟ้องร้องแล้วและให้จัดทำบันทึกการทำลายไว้ด้วย

1.7 การดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันโดยเครื่องสื่อสารประจำสำนักงานหรือสถานที่อยู่ของทนายความจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อผู้พิพากษาไต่สวนได้แจ้งให้นายกสภาทนายความทราบแล้ว

(2) การดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเพื่อการรักษาความมั่นคง[220] หรือเรียกว่า การดักฟังทางปกครอง (ecoute admistratives)

---

[219] อุทัย อาทิเวช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 212*, น.238-245.

[220] กมลชัย รัตนสกาวงศ์ และวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 208*, น.92-94.

2.1 นายกรัฐมนตรี หรือผู้ที่นายกรัฐมนตรีมอบหมายคนใดคนหนึ่งในสองคน โดยคำแนะนำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หรือรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบกิจการศุลกากร หรือของผู้ที่รัฐมนตรีเหล่านี้มอบหมาย มีอำนาจอนุญาตให้ทำการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเพื่อแสวงหาข้อมูลข่าวสารที่จำเป็นแก่การรักษาความมั่นคงของรัฐ ศักยภาพทางวิทยาศาสตร์ และทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือการป้องกันการก่อการร้าย หรืออาชญากรรม การอนุญาตดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือและต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย

2.2 การอนุญาตให้ทำการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมมีผลบังคับได้นานไม่เกิน 4 เดือน และสิ้นผลบังคับทันทีเมื่อสิ้นระยะเวลาดังกล่าว อย่างไรก็ตาม การขยายเวลาการอนุญาตย่อมกระทำได้ภายใต้แบบ และเงื่อนไขเดิมแต่ต้องไม่นานเกินกว่า 4 เดือน

2.3 การถ่ายข้อมูลข่าวสารที่ได้จากการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเป็นหนังสือ จะกระทำได้ก็เฉพาะแต่ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการให้เป็นไปตามความมุ่งหมายข้างต้นเท่านั้น และจะใช้เพื่อการอื่นนอกเหนือจากนั้นไม่ได้

2.4 นายกรัฐมนตรีต้องควบคุมดูแลให้มีการจัดทำรายงานการดักฟังและบันทึกการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมแต่ละครั้ง รายงานดังกล่าวต้องระบุวันเวลาที่เริ่มดักฟังและวันเวลาที่ยุติการดักฟังไว้ด้วย นอกจากนั้นแล้วนายกรัฐมนตรียังต้องควบคุมดูแลให้มีการ “ทำลาย” สิ่งบันทึกการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเสียภายใน 10 วัน นับแต่วันที่ได้ทำการบันทึกเป็นอย่างช้า

2.5 การติดตั้งเครื่องดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมหรือการอื่นใดที่จำเป็นแก่การดักฟังภายในที่ทำการขององค์กร และหน่วยงานที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับของรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบกิจการโทรคมนาคมหรือภายในที่ทำการขององค์กรและหน่วยงานที่ได้รับสัมปทานการบริการสาธารณะทางด้านโทรคมนาคม จะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีคำสั่งของรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบกิจการโทรคมนาคม หรือของผู้ที่รัฐมนตรีมอบหมาย

2.6 นายกรัฐมนตรีต้องควบคุมดูแลให้มีการ “ทำลาย” ข้อมูลข่าวสารที่ถ่ายจากสิ่งบันทึกการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมมาเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นทันทีที่หมดความจำเป็นแก่การดำเนินการรักษาความมั่นคงของรัฐ ศักยภาพทางวิทยาศาสตร์ และทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือการป้องกันการก่อการร้าย หรืออาชญากรรม

“คณะกรรมการควบคุมการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมแห่งชาติ” จัดตั้งขึ้นเพื่อควบคุมดูแลให้มีการปฏิบัติตามบทบัญญัติในบรรพ 2 ว่าด้วยการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมอย่างเคร่งครัด รัฐบัญญัตินี้ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการซึ่งมีฐานะเป็น “องค์กรปกครองอิสระ” (Autorite Administrative Independante) ประกอบด้วย[221]

(1) ประธานกรรมการ ซึ่งประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐแต่งตั้งจากบัญชีรายชื่อบุคคลที่เหมาะสมจำนวน 4 คน ซึ่งรองประธานสภาแห่งรัฐ (Conseil d’ Etat) และประธาน Cour de Cassation คนที่ 1 ร่วมกันจัดทำขึ้นมีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี

(2) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 1 คน ซึ่งประธานสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งและมีวาระการดำรงตำแหน่งเท่าอายุของสภาผู้แทนราษฎร

(3) สมาชิกวุฒิสภา ซึ่งประธานสภาแต่งตั้งทุกคราวที่มีการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา ถ้าแทนที่สมาชิกวุฒิสภาบางส่วนต้องพ้นจากตำแหน่งตามวาระ

ประธานกรรมการและกรรมการจะเป็นรัฐมนตรีในขณะเดียวกันด้วยไม่ได้

นายกรัฐมนตรี หรือผู้ที่นายกรัฐมนตรีมอบหมายจะต้องยื่นสำเนาหนังสืออนุญาตให้มีการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมต่อประธานกรรมการภายใน 48 ชั่วโมง นับแต่เวลาที่ตนออกหนังสือนั้น[222]

ถ้าประธานกรรมการเห็นว่าการอนุญาตให้มีการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเป็นไปโดยมิชอบด้วยบทบัญญัติแห่งบรรพ 2 ว่าด้วยการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม ให้ประธานกรรมการเรียกประชุมคณะกรรมการเพื่อพิจารณาวินิจฉัย[223]

ในกรณีที่คณะกรรมการวินิจฉัยว่าการอนุญาตให้มีการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเป็นไปโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติในบรรพ 2 ให้คณะกรรมการแนะนำให้นายกรัฐมนตรีมี “คำสั่งให้ยับยั้ง” การดักฟังและให้แจ้ง “ข้อแนะนำ” ดังกล่าวให้รัฐมนตรีที่เสนอให้นายกรัฐมนตรีหรือผู้ที่นายกรัฐมนตรีมอบหมาย หรือออกหนังสืออนุญาตได้ทราบ[224]

---

[221] กมลชัย รัตนสกาวงศ์ และวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *เพิ่งอ้าง*.

[222] กมลชัย รัตนสกาวงศ์ และวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *เพิ่งอ้าง*.

[223] กมลชัย รัตนสกาวงศ์ และวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *เพิ่งอ้าง*.

[224] กมลชัย รัตนสกาวงศ์ และวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *เพิ่งอ้าง*.

คณะกรรมการโดยพลการ (d' office) หรือโดยคำร้องขอของผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง มีอำนาจตรวจสอบการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมใด ๆ ว่าเป็นไปโดยชอบด้วยบทบัญญัติในบรรพ 2 ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นว่าการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเป็นไปโดยมิชอบด้วยให้คณะกรรมการแนะนำให้นายกรัฐมนตรีมี "คำสั่งให้ยับยั้ง" การดักฟังนั้นเสีย และให้แจ้ง "ข้อแนะนำ" ดังกล่าวให้รัฐมนตรีที่เสนอแนะให้นายกรัฐมนตรี หรือผู้ที่นายกรัฐมนตรีมอบหมายออกหนังสืออนุญาตได้ทราบ[225]

[225] กมลชัย รัตนสกาวงศ์ และวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *เพิ่งอ้าง*.

บทที่ 5
แนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต

จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยยังขาดหลักกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวหากมิได้มีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ดีเพียงพอแล้วย่อมส่งผลให้บทกฎหมายนี้ละเมิดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวและจำกัดเสรีภาพในการสื่อสารของบุคคลอย่างกว้างขวางและร้ายแรง เนื่องจากเมื่อเจ้าพนักงานใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตเพื่อแสวงหาข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิด บุคคลผู้ถูกดักการสื่อสารดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นผู้ถูกกล่าวหา ผู้ติดต่อกับผู้ถูกกล่าวหา โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลอื่นที่ผู้ถูกกล่าวหาติดต่อสื่อสารด้วย ซึ่งบุคคลในประเภทหลังนี้อาจไม่มีส่วนเกี่ยวข้องใด ๆ กับการกระทำความผิดเลย ย่อมไม่มีทางรู้ตัวว่าตนเองกำลังถูกละเมิดสิทธิดังกล่าว เพราะมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตนี้เป็นมาตรการที่กระทำเป็นการลับ ดังนี้ แม้มาตรการดังกล่าวจะถือเป็นเครื่องมือสำคัญในการสืบสวนสอบสวนการกระทำความผิดอาญาเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมที่มีความซับซ้อนมากขึ้นในปัจจุบัน แต่ในขณะเดียวกันมาตรการบังคับทางอาญาที่รัฐกำหนดขึ้นนี้ก็จำเป็นต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองสิทธิในการสื่อสารและสิทธิในความเป็นส่วนตัวของประชาชนไปพร้อมกันด้วย

จากการศึกษาสภาพปัญหาการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตของประเทศไทย โดยใช้แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ประกอบกับหลักกฎหมายของต่างประเทศที่ได้รับการปรับปรุงแก้ไขอันเป็นผลมาจากการใช้บังคับมายาวนาน เพื่อนำมาวิเคราะห์และสร้างหลักกฎหมายว่าด้วยการใช้มาตรการบังคับทางอาญาในการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตที่มีเงื่อนไขในการบังคับใช้อย่างชัดเจนและแน่นอนในวัตถุประสงค์ของมาตรการ มีขอบเขตและวิธีการใช้ที่มีความเป็นภาวะวิสัย (Objectivity) เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการค้นหาความจริงอันถือเป้าหมายสูงสุดของคดีอาญาไปพร้อมกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลอย่างเกิดสมดุล

ในบทนี้จะได้วิเคราะห์ถึงการใช้มาตรการบังคับทางอาญาในการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตที่กระทำโดยคำนึงถึงหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การบัญญัติ นำหลักการเรื่องมาตรการบังคับทางอาญามาใช้กับมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต กำหนดให้มาตรการการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตบัญญัติไว้เป็น “บทกฎหมายทั่วไป” (jus generale) ในการใช้อำนาจสอบสวนของเจ้าพนักงานของรัฐ เพื่อขจัดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย และการตีความที่แตกต่างกันไปตามแต่ประเภทของความผิดที่ได้รับความคุ้มครองที่ต่างกันตามวัตถุประสงค์ของ บทกฎหมายเฉพาะ (jus speciale) โดยนำแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องมาวิเคราะห์ร่วมกับหลักกฎหมายต่างประเทศ รวมทั้งศึกษาวิเคราะห์ถึงรายละเอียดทั้งหมด เพื่อสร้างหลักกฎหมายที่เหมาะสมกับบทบัญญัติว่าด้วยการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตที่ดี กล่าวคือ เงื่อนไขในการขอใช้มาตรการ ระยะเวลาในการใช้มาตรการและระยะเวลาสิ้นสุดของมาตรการ ข้อยกเว้นอำนาจอนุญาตให้ใช้มาตรการโดยศาล การทำลายข้อมูลที่ได้จากการใช้มาตรการ ผลกระทบที่มีต่อบุคคลภายนอกจากการใช้มาตรการ และความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการใช้มาตรการโดยมิชอบด้วยกฎหมาย กระบวนการเผยแพร่และจัดทำรายงานสรุปผลการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคม โดยแยกวิเคราะห์เป็นหัวข้อดังต่อไปนี้

5.1 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญอันเกิดจากการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต

การใช้มาตรการบังคับทางอาญาเป็นเครื่องมือในการแสวงหาพยานหลักฐาน รัฐมีหน้าที่ต้องให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การที่รัฐจะใช้อำนาจเข้าแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยนั้น รัฐจะกระทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติได้บัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น ซึ่งกฎหมายดังกล่าวต้องผ่านการกลั่นกรองโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามหลักความชอบธรรมในระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น โดยเจ้าพนักงานของรัฐต้องดำเนินการให้เป็นไปตามขอบเขตและกฎเกณฑ์ตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้อย่างเคร่งครัด เพื่อไม่ให้การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐไปก้าวล่วง

ไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 ฉบับปัจจุบันรับรองไว้[226] มากจนเกินสมควร

การแสวงหาพยานหลักฐานมาเพื่อพิสูจน์ความผิด หรือการแสวงหาข้อมูลเพื่อค้นหาความจริงใน ขั้นตอนก่อนการพิจารณา (Pretrial Stage) มีความสำคัญต่อระบบการดำเนินคดีอาญาที่ต้องการค้นหาความจริงโดยมุ่งเน้นการป้องกันและควบคุมอาชญากรรมอันเป็นวัตถุประสงค์หลักเรียกว่าเป้าหมายของคดีอาญา ดังนั้น เพื่อให้กฎหมายเกี่ยวกับการใช้มาตรการบังคับทางอาญามีประสิทธิภาพและส่งผลให้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญไปพร้อมกันแล้ว รัฐจึงต้องให้ความสำคัญกับเงื่อนไขในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล องค์กรนิติบัญญัติต้องดำเนินการตรากฎหมายให้สอดคล้องกับเงื่อนไขในการตรากฎหมายตามองค์ประกอบ 4 ประการ กล่าวคือ

(1) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คือ กฎหมายต้องตราขึ้นโดย “องค์ผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ” เป็นการเฉพาะ ผ่านสภานิติบัญญัติเท่านั้น

(2) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งคำว่า “การที่” หมายถึง ประโยชน์สาธารณะ (Public Interest หรือ Rechtsgut) ดังนั้น กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองและรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น

(3) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องกระทำเท่าที่จำเป็นตาม “หลักแห่งความได้สัดส่วน” (Principle of Proportionality) ซึ่งมีองค์ประกอบสามประการด้วยกัน กล่าวคือ

---

[226] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 26 วรรคแรก บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระ หรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ หรือจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย”.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 36 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการติดต่อสื่อ สารถึงกันไม่ว่าในทางใด ๆ”

วรรคสอง บัญญัติว่า “การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน รวมทั้งการกระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อให้ล่วงรู้ หรือได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันจะกระทำมิได้ เว้นแต่ มีคำสั่ง หรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ”.

(3.1) หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล องค์กรของรัฐต้องเลือกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายซึ่งให้อำนาจแก่ตนสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น

(3.2) หลักแห่งความจำเป็น องค์กรของรัฐจะต้องเลือกออกมาตรการที่จะยังผลให้สิทธิเสรีภาพของบุคคลได้รับความกระทบกระเทือนน้อยที่สุด และ

(3.3) หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ คือ มาตรการที่องค์กรของรัฐมุ่งใช้บังคับจะต้องเกิดประโยชน์กับมหาชนมากกว่าการทำให้สิทธิเสรีภาพถูกกระทบ องค์กรของรัฐจึงจะเลือกใช้มาตรการนั้นได้ ถ้ามาตรการนั้นกระทบสิทธิเสรีภาพของบุคคลก่อให้เกิดความเสียหายมากกว่าประโยชน์ที่มหาชนได้รับ องค์กรรัฐต้องหลีกเลี่ยงมาตรการนั้น กล่าวคือ ต้องเกิดความสมดุลระหว่างความเสียหายอันจะเกิดกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลกับประโยชน์มหาชนที่พึงได้รับในการปฏิบัติตามมาตรการนั้น ๆ

(4) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้น กล่าวคือ จะต้องไม่ถึงขนาดไป “ตัด” หรือ “เพิกถอน” สิทธิและเสรีภาพนั้น ๆ ไม่ได้

กล่าวคือ รัฐจะต้องคำนึงถึง หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) หรือหลักการจำกัดอำนาจรัฐโดยกฎหมาย เป็นหลักการที่ทำให้รัฐต้องผูกพันอยู่กับหลักการพื้นฐานและคุณค่าทางกฎหมาย หลักการดังกล่าวเรียกร้องให้รัฐต้องดำเนินการในด้านต่าง ๆ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมอย่างแท้จริงในสังคม และบังคับให้รัฐต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไปพร้อมกัน หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้ว การกระทำทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตาม **หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ**[227] หรือ **หลักกฎหมายเป็นเงื่อนไขของอำนาจ** ถือเป็นหลักการที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

จากการศึกษาพบว่า การที่เจ้าพนักงานของรัฐจะใช้มาตรการบังคับทางอาญาโดยใช้มาตรการการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายจะต้องเป็นไปอย่างมีภาวะวิสัยต่อการใช้บังคับ กล่าวคือ รัฐมีหน้าที่ต้องเคารพต่อหลักนิติรัฐในการบัญญัติกฎหมาย เพื่อเป็นหลักประกันต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องให้ความสำคัญต่อวัตถุประสงค์ของมาตรการที่ต้องชัดเจนและแน่นอน มีเงื่อนไขในการใช้มาตรการที่รัดกุม มีขอบเขตและวิธีการใช้มาตรการที่เป็นไปตามหลักการตรวจสอบภายนอก และเมื่อมาตรการมีความรุนแรงขึ้นในการละเมิดต่อเสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร เงื่อนไขต่าง ๆ ในการบังคับ

---

[227] สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร:วิญญชน, 2555), น.227.

ใช้กฎหมายก็จะต้องเข้มข้นขึ้นตามไปด้วย อีกทั้งยังมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายจะต้องสร้างกระบวนการเผยแพร่และจัดทำรายงานสรุปผลการใช้มาตรการเพื่อให้ประชาชนสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจได้ โดยที่ผ่านมาประเทศไทยยังไม่มีหลักการเกี่ยวกับมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตมาก่อน ทำให้การบังคับใช้กฎหมายในอดีตเจ้าพนักงานไม่มีเครื่องมือในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีอาญาที่ดีเพียงพอ จึงสมควรที่ต้องนำหลักของมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตมาบัญญัติเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยต่อไป

5.2 การบัญญัติให้การดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตเป็นมาตรการบังคับ และการควบคุมการใช้มาตรการบังคับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

การดำเนินคดีอาญาเป็นไปตามหลักที่เรียกว่า “หลักการตรวจสอบ” (Examination Principle) โดยที่เจ้าพนักงานและศาลต่างมีหน้าที่จะต้องตรวจสอบค้นหาความจริงแท้ในเรื่องที่กล่าวหา ทั้งนี้ เจ้าพนักงานและศาลมีอำนาจในการตรวจสอบค้นหาความจริงได้โดยปราศจากข้อผูกมัดใด ๆ โดยการดำเนินคดีอาญาของเจ้าพนักงานและศาลนั้นกระทำเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมซึ่งอาจจำเป็นต้องใช้ “มาตรการบังคับ” (Compulsory Measure) และเมื่อศึกษาถึงแนวคิด “การตรวจสอบจากภายนอก” (Accountability) ซึ่งเป็นไปเพื่อให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานในการดำเนินคดีอาญาเป็นไปอย่างถูกต้อง โปร่งใส และเป็นไปอย่างมีภาวะวิสัยที่สุดเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล เนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตจะต้องผสมผสานระหว่างการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการถูกลอบดักข้อมูลในการติดต่อสื่อสารกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐในการใช้มาตรการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลที่จำเป็นเพื่อป้องกันอาชญากรรมและสืบสวนคดีที่มีการกระทำความผิด ซึ่งเนื้อหาของกฎหมายจะต้องกำหนดเงื่อนไขที่ทำให้มาตรการเช่นว่านี้ไม่ให้กระทบกระเทือนเสรีภาพของบุคคลจนเกินสมควร

วัตถุประสงค์ในการใช้มาตรการบังคับทางอาญา (Compulsory Measures) มีขึ้นเพื่อประกันการดำเนินคดีอาญาชั้นกำหนดคดี (Verification Stage) และการดำเนินคดีอาญาชั้นบังคับคดี (Exection Stage) เนื่องจากการดำเนินคดีอาญานั้นเจ้าหน้าที่ต้องใช้มาตรการบังคับเพื่อให้ได้ตัวผู้ต้องสงสัย หรือได้ตัวจำเลยไว้ในอำนาจเพื่อประโยชน์ในการสอบสวน หรือเพื่อประโยชน์ในการบังคับโทษ อีกทั้งยังต้องใช้มาตรการบังคับอื่น ๆ เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานที่จะใช้ในการพิสูจน์ความผิด

หรือบริสุทธิ์ของผู้ต้องหาหรือจำเลย เราจะพบว่าในขั้นตอนของการดำเนินคดีอาญาเหล่านี้ย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการควบคุม การค้นบุคคลย่อมละเมิดต่อเสรีภาพส่วนบุคคลในการเคลื่อนไหวร่างกาย สิทธิในการอยู่อาศัยในเคหสถาน การดักฟังเสียงหรือภาพย่อมละเมิดสิทธิในการอยู่อาศัย การดักรับข้อมูลย่อมเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารต่าง ๆ ของบุคคลไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดหรือไม่ก็ตาม

แนวคิดการควบคุมการใช้มาตรการบังคับทางอาญา วิธีพิจารณาความอาญาของไทยแยกอำนาจสอบสวน และอำนาจฟ้องร้องคดีอาญาต่างหากจากกัน โดยพนักงานอัยการคงมีเพียงอำนาจสั่งคดีและยื่นฟ้องต่อศาล ไม่มีอำนาจหน้าที่สอบสวนหรือเริ่มต้นคดีอาญา การใช้อำนาจเรียกหรือออกหมายเรียกรวมถึงการร้องขอให้ศาลออกหมายตามมาตรการบังคับทางอาญาต่าง ๆ ของเจ้าพนักงานตำรวจในระหว่างการสอบสวน จึงไม่ผ่านการกลั่นกรองจากพนักงานอัยการก่อน ทำให้ก่อนการสอบสวนเสร็จสิ้นพนักงานอัยการของไทยเกือบหรือแทบจะไม่มีบทบาทที่จะประกันหรือคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้เลย ซึ่งเรื่องดังกล่าวแตกต่างจากแนวทางของประเทศอื่นที่มี**ระบบอัยการที่สมบูรณ์** ซึ่งหลักการของระบบอัยการที่สมบูรณ์นั้นการสอบสวนและฟ้องร้องคดีอาญาถือเป็นกระบวนการเดียวกันไม่อาจแยกออกจากกันได้ ทั้งต้องอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของอัยการโดยที่พนักงานอัยการมีอำนาจในการสอบสวนรวมถึงควบคุมการสอบสวนและสั่งการแก่เจ้าพนักงานตำรวจตามที่เห็นสมควร และจะเป็นผู้กลั่นกรองเหตุแห่งการใช้มาตรการบังคับอีกชั้นหนึ่งก่อนจะมีการขอใช้มาตรการบังคับทางอาญาจากศาล

องค์กรในการดำเนินคดีอาญาในชั้นก่อนฟ้องคดีตามระบบอัยการที่สมบูรณ์นั้นถือว่า การสอบสวนฟ้องร้อง เป็นกระบวนดำเนินคดีอาญากระบวนการเดียวที่แบ่งแยกไม่ได้ เจ้าพนักงานตำรวจเป็นเพียง เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ช่วยเหลืออัยการ[228] (Public prosecutor's assistant officer) เนื่องจากในการดำเนินคดีอาญานั้น พนักงานอัยการไม่ได้มีฐานะเป็นตัวบุคคล แต่มีฐานะเป็นองค์กร กล่าวคือพนักงานอัยการทำหน้าที่แทนกันได้โดยไม่ต้องมีการมอบหมาย พนักงานอัยการจึงเป็นองค์กรดำเนินคดีอาญาของรัฐ

เมื่อพิจารณาหลักการสอบสวนคดีอาญาของประเทศเยอรมนีจะพบว่า การดำเนินคดีอาญาชั้นสอบสวนของประเทศเยอรมนีนั้นจะอยู่ในความรับผิดชอบของพนักงานอัยการ ถือว่าพนักงาน

---

[228] คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2555), น.66.

อัยการเป็น “เจ้าของ” การดำเนินคดีอาญาชั้นสอบสวนมีหลักการพื้นฐานว่า พนักงานอัยการมีความเป็นอิสระในการเลือกใช้มาตรการบังคับทางอาญาใดก็ได้ และจะใช้มาตรการใดก่อนหรือหลังก็ได้ เรียกว่า “หลักความเป็นอิสระในการจัดรูปแบบการสอบสวน” โดยในการใช้อำนาจดังกล่าว พนักงานอัยการมีอำนาจเรียกข้อมูลจากหน่วยงานและมีอำนาจดำเนินการสอบสวนคดีอาญาด้วยวิธีการใด ๆ โดยจะดำเนินการสอบสวนคดีอาญาด้วยตนเองหรือผ่านองค์กรตำรวจก็ได้ ตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ในส่วนของประเทศไทยกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยนั้นกำหนดให้ผู้ร้องขอต่อศาลให้ออกหมายจับ หมายค้น หรือหมายขังนั้น พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ โดยกฎหมายกำหนดว่าพนักงานฝ่ายปกครองตั้งแต่ระดับสาม หรือตำรวจซึ่งมียศตั้งแต่ร้อยตำรวจตรีหรือเทียบเท่าขึ้นไป เป็นเจ้าพนักงานที่มีอำนาจและดุลพินิจโดยตรงต่อศาล โดยไม่ต้องผ่านการตรวจสอบของพนักงานอัยการก่อนอย่างเช่นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศเยอรมนี

ผลจากการศึกษาถึงแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางอาญา และแนวคิดเรื่องการควบคุมการใช้มาตรการบังคับแล้วพบว่า กฎหมายต่างประเทศถือว่ามาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตนั้นเป็นมาตรการบังคับทางอาญาประเภทหนึ่ง ซึ่งถือเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ การบัญญัติให้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตเป็นมาตรการบังคับทางอาญาที่ต้องได้รับอนุญาตจากศาลจึงเป็นไปตามหลักสากล อีกทั้งในเรื่องนี้วิธีพิจารณาความอาญาของไทยก็ได้รับรองหลักการว่าด้วยการใช้มาตรการบังคับทางอาญาที่ต้องให้ศาลเท่านั้นเป็นผู้อนุญาต คือ หมายจับ หมายค้น และหมายอาญาที่มีลักษณะเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

ในส่วนของการควบคุมก่อนการใช้มาตรการบังคับของไทยนั้นจากการศึกษาพบว่า หากกำหนดให้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตเป็นมาตรการบังคับทางอาญาแล้ว จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องให้ความสำคัญต่อผู้มีอำนาจใช้มาตรการบังคับดังกล่าว ซึ่งหลักการสากลนั้นผู้ที่มีสิทธิยื่นคำร้องขอต่อศาลได้แก่ **พนักงานอัยการ** เพื่อให้เป็นไปตามหลักการสากลตามหลักการตรวจสอบภายนอก และหลักการระบบอัยการที่สมบูรณ์ ทั้งนี้ก็เพื่อให้องค์กรอัยการสามารถทำหน้าที่ในการเป็นผู้ควบคุมดูแลอำนาจการสอบสวนฟ้องร้อง เนื่องจากพนักงานอัยการมีอำนาจในการสอบสวนรวมถึงควบคุมการสอบสวนและสั่งการแก่เจ้าพนักงานตำรวจตามที่เห็นสมควร และจะเป็นผู้กลั่นกรองเหตุแห่งการใช้มาตรการบังคับอีกชั้นหนึ่งก่อนจะมีการขอใช้มาตรการบังคับทางอาญาจากศาล วัตถุประสงค์ที่แท้จริงเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่จะได้รับการ

กระทบกระเทือนจากการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตโดยเจ้าพนักงานอย่างมีเป็นภาวะวิสัย (Objectivity)

5.3 การกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตให้อยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

จากการศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับหลักการเรื่องการดักฟังการสื่อสารทางโทรคมนาคมของประเทศไทยพบว่า ปัญหาเกิดจากการกระจัดกระจายกันไปตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรการบังคับเกี่ยวกับการดักการสื่อสารทางโทรคมนาคม อันมีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะ (jus speciale) ซึ่งมีขอบเขตในการบังคับใช้ของกฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับที่แตกต่างกันไป กล่าวคือ การที่จะใช้มาตรการกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้จะต้องเป็นกรณีที่เมื่อมีข้อเท็จจริง หรือการกระทำความผิดเกิดขึ้น หรือต้องสงสัยว่าอาจมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว เจ้าพนักงานที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายแต่ละฉบับจะถูกจำกัดการใช้อำนาจของตนไปตามองค์ประกอบ และเจตนารมณ์ของแต่ละพระราชบัญญัติซึ่งกฎหมายเฉพาะต่าง ๆ เหล่านี้จะกำหนดอำนาจเจ้าพนักงานต้องบังคับใช้มาตรการบังคับของตนให้เป็นไปตามเงื่อนไข และฐานความผิดตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั้น ๆ ที่ผ่านมาประเทศไทยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อกับการดักฟังหรือดักรับข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันอยู่กระจัดกระจายอยู่ตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ แต่ก็ไม่ได้มีฉบับใดที่ได้บัญญัติถึงการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตไว้ โดยแยกพิจารณารายละเอียดของหลักเกณฑ์การดังฟังหรือดักรับข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันไว้ดังนี้

(1) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ.2519 มาตรา 14 จัตวา กำหนดหลักสำคัญให้อำนาจเจ้าพนักงานกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารที่ถูกใช้ หรืออาจถูกใช้เพื่อประโยชน์ในการกระทำ**ความผิดอันเกี่ยวกับยาเสพติดเท่านั้น** โดยเจ้าพนักงานซึ่งได้รับอนุมัติจากเลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด หรือ ป.ป.ส. เป็นหนังสือให้มีการดักฟังแล้ว จะยื่นคำร้องต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา เพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้ดักฟังได้ คราวละไม่เกิน 90 วัน เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสาร หรือเอกสาร ที่ส่งทางช่องทางการสื่อสารทุกรูปแบบ โดยการที่เจ้าพนักงานจะขออนุมัติได้ต้องมีพฤติการณ์เกี่ยวกับการผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย หรือครอบครองเพื่อจำหน่ายตามบทสันนิษฐานเด็ดขาดของกฎหมาย

(2) พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ.2562[229] มาตรา 5 ประกอบมาตรา 6 วรรคสอง ของพระราชบัญญัตินี้เจ้าพนักงานที่มีอำนาจเก็บข้อมูลการสื่อสารของบุคคลโดยการดักรับข้อมูล แต่จำกัดเฉพาะ**ข้อมูลหรือเอกสารที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งชาติ** และการดักรับข้อมูลดังกล่าวต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เกี่ยวกับข่าวกรองด้านความมั่นคงแห่งชาติ ซึ่งกฎหมายนี้ได้มีการแก้ไขใหม่โดยกำหนดว่า ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องได้มาซึ่งข้อมูลหรือเอกสารอันเกี่ยวกับการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง การข่าวกรองทางการสื่อสาร หรือการรักษาความปลอดภัยฝ่ายพลเรือน สำนักข่าวกรองแห่งชาติอาจดำเนินการด้วยวิธีการใด ๆ รวมทั้งอาจใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ เครื่องมือทางวิทยาศาสตร์ เครื่องโทรคมนาคม หรือเทคโนโลยีอื่นใด เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือเอกสารดังกล่าวได้ โดยไม่มีการกำหนดฐานความผิดไว้เป็นการแน่ชัด ซึ่งกรณีเช่นนี้วัตถุประสงค์ที่สำคัญของกฎหมายจะต้องเป็นไปเพื่อรักษาความมั่นคงแห่งชาติเท่านั้น ไม่อาจดักฟังหรือดักรับข้อมูลเพื่อการสืบสวนสอบสวนความผิดตามกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งเป็นกรณีทั่วไปได้

(3) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 มาตรา 46 ให้เจ้าหน้าที่ซึ่งเลขาธิการ ป.ป.ง. มอบหมายเป็นหนังสือยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลแพ่ง เพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้ได้มาซึ่ง**ข้อมูลเกี่ยวกับบัญชีลูกค้าสถาบันการเงิน** เครื่องมืออุปกรณ์สื่อสาร เครื่องคอมพิวเตอร์ที่ใช้หรืออาจถูกใช้ในการฟอกเงิน โดยศาลอนุญาตได้คราวละไม่เกิน 90 วัน

(4) พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 25 ให้อำนาจพนักงานสอบสวนคดีพิเศษในการดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารที่ถูกใช้หรืออาจถูกใช้เพื่อประโยชน์ในการกระทำ**ความผิดที่เป็นคดีพิเศษเท่านั้น** โดยพนักงานสอบสวนคดีพิเศษซึ่งได้รับอนุมัติจากอธิบดีเป็นหนังสือยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา เพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้ใช้มาตรการ

---

[229] พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ.2562 มาตรา 4 นิยามศัพท์ บัญญัติว่า “การข่าวกรองทางการสื่อสาร” ไว้ว่า “การใช้เทคนิคและการดำเนินกรรมวิธีทางเทคโนโลยีและเครื่องมือสื่อสาร เพื่อให้ได้มาซึ่งข่าวเกี่ยวกับการเคลื่อนไหวในการข่าวกรองและการต่อต้านข่าวกรอง”. และ

มาตรา 5 บัญญัติว่า “กำหนดให้มีสำนักข่าวกรองแห่งชาติ มีอำนาจและหน้าที่ ดังต่อไปนี้...(1) ปฏิบัติงานเกี่ยวกับการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง การข่าวกรองทางการสื่อสาร และการรักษาความปลอดภัยฝ่ายพลเรือน”.

มาตรา 6 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องได้มาซึ่งข้อมูลหรือเอกสารอันเกี่ยวกับการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง การข่าวกรองทางการสื่อสาร หรือการรักษาความปลอดภัยฝ่ายพลเรือน สำนักข่าวกรองแห่งชาติอาจดำเนินการด้วยวิธีการใด ๆ รวมทั้งอาจใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ เครื่องมือทางวิทยาศาสตร์ เครื่องโทรคมนาคม หรือเทคโนโลยีอื่นใด เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือเอกสารดังกล่าวได้...”.

ให้ได้มาซึ่ง เอกสาร หรือข้อมูลข่าวสารอื่นใดซึ่งส่งทางโทรศัพท์ คอมพิวเตอร์ เครื่องมือในการสื่อสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อเทคโนโลยีสารสนเทศใด อันเกี่ยวด้วยคดีพิเศษ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนหรือเป็นพยานหลักฐานในคดีพิเศษ

(5) พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 หากมีเหตุอันควรเชื่อว่ามีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหลายประการ เช่น มีหนังสือเรียกบุคคลที่กระทำผิดมาให้ถ้อยคำ ส่งคำชี้แจงเป็นหนังสือ ส่งเอกสาร ข้อมูล ทั้งนี้มีอำนาจเฉพาะที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการใช้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับความผิดและการหาตัวผู้กระทำความผิด กล่าวคือ กรณีเป็น**ความผิดเกี่ยวกับการใช้คอมพิวเตอร์**เป็นเครื่องมือ หรือมีคอมพิวเตอร์เป็นเป้าหมาย เจ้าหน้าที่มีอำนาจใช้มาตรการเข้าถึงข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์ไม่ว่าจะเป็นการดักรับข้อมูล การตรวจค้นข้อมูล หรือการตรวจสอบข้อมูลผ่านจดหมายอิเล็กทรอนิกส์

(6) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 มาตรา 30 ให้เจ้าพนักงานที่ได้รับอนุมัติจาก ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ หรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี ยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลอาญา หรือศาลจังหวัดที่มีเขตอำนาจ เพื่อมีคำสั่งให้เข้าถึงข้อมูลข่าวสาร ได้คราวละไม่เกิน 90 วัน โดยบรรดาเอกสารข้อมูลข่าวสารที่ได้มาดังกล่าวให้เก็บรักษาและใช้ประโยชน์ในการสืบสวนและใช้เป็นพยานหลักฐานใน**การดำเนินคดีค้ามนุษย์เท่านั้น**

(7) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556[230] ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจเพื่อให้ได้มาซึ่งเอกสารหรือข้อมูลข่าวสารซึ่งส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ โทรสาร คอมพิวเตอร์ เครื่องมือ หรืออุปกรณ์สื่อสารฯ **โดยจำกัดเฉพาะการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติเท่านั้น**

จะเห็นได้ว่าหลักการของพระราชบัญญัติต่าง ๆ ซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายพิเศษเหล่านี้ที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานใช้มาตรการบังคับทางอาญา พบว่าปัญหาสำคัญของการมีหลักการดักฟังหรือดักรับข้อมูลการสื่อสารโทรคมนาคมกระจายกันอยู่ตามกฎหมายพิเศษนี้ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับข้อจำกัดในการใช้มาตรการบังคับซึ่งเป็นเพราะเหตุการณ์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณีนั้นอาจไม่ครบองค์ประกอบความผิด หรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไม่ครบเงื่อนไขตามที่พระราชบัญญัติเหล่านี้กำหนดไว้

---

[230] พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 มาตรา 17.

ส่งผลให้เกิดข้อจำกัดในการใช้มาตรการบังคับให้ตรงตามกฎหมายพิเศษเหล่านี้ได้ อีกทั้งการจะใช้มาตรการบังคับตามกฎหมายแต่ละฉบับได้นั้น ความผิดจะต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายฉบับนั้น ๆ มุ่งคุ้มครองเป็นกรณีเฉพาะเท่านั้น และกำหนดอำนาจการใช้มาตรการบังคับให้แก่เจ้าพนักงานตามกฎหมายอีกด้วย ผลคือเจ้าพนักงานตามกฎหมายพิเศษนี้ไม่สามารถใช้มาตรการบังคับเพื่อสืบสวนสอบสวนในกรณีที่เกิดขึ้นนอกเหนือจากอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายเฉพาะที่ตนเองมีหน้าที่รับผิดชอบ หรือหาพยานหลักฐานเพื่อป้องกันการกระทำความผิด และนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ อีกทั้งเมื่อพิจารณากฎหมายพิเศษเหล่านี้แล้วจะพบว่าเนื่องจากพระราชบัญญัติต่าง ๆ ได้บัญญัติถึงหลักการดักฟังหรือดักรับข้อมูลหรือเนื้อหาของการสื่อสารไว้เป็นระยะเวลานานแล้ว ดังนั้นบทบัญญัติเหล่านี้จึงไม่ได้ครอบคลุมถึงหลักการการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นหลักการใหม่ไว้แต่อย่างใด อีกทั้งกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับมาตรการเช่นว่านี้ของประเทศไทยมีลักษณะกระจัดกระจาย กล่าวคือ หลักกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานดักฟังโดยต้องขออนุญาตต่อศาลนั้น กำหนดไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดบางประเภทเป็นรายฉบับไป ไม่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับหลักซึ่งเป็น บทกฎหมายทั่วไป ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาดังเช่นหลักการเดียวกันนี้ในกฎหมายต่างประเทศ

ในส่วนของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น ประเทศไทยได้มีความพยายามที่จะแก้ไขเพิ่มเติมหลักการเรื่องการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลของบุคคลอยู่เช่นกัน โดยสำนักงานตำรวจแห่งชาติได้เสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา วัตถุประสงค์ก็เพื่อให้อำนาจพนักงานสอบสวนฝ่ายตำรวจได้มีเครื่องมือในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารในคดีที่มีความสำคัญยุ่งยากสลับซับซ้อนเพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามผู้กระทำความผิด และนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ทั้งนี้ สำนักงานตำรวจแห่งชาติยกร่างกฎหมายดังกล่าวเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2[231] ทั้งสิ้นห้าวรรค ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งการสืบสวนสอบสวน**คดีความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ ความผิดที่มีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรม** หรือ**ที่ยุ่งยากซับซ้อน** พนักงานสอบสวนโดยอนุมัติของผู้บังคับการซึ่งเป็นหัวหน้าของพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ อาจยื่นคำร้องขอต่อออธิบดีผู้พิพากษาหรือผู้พิพากษา

[231] **โปรดดู** ภาคผนวก ก. ประกอบ.

หัวหน้าศาล เพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลอิเล็คทรอนิคส์ หรือข้อมูลข่าวสารใด ๆ เช่น การตรวจสอบหรือดักรับข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลการติดต่อสื่อสาร หรือข้อมูลทางการเงินของบุคคลที่**น่าจะเกี่ยวกับการกระทำความผิด**นั้นได้"

ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า "คำร้องดังกล่าว ต้องระบุเหตุผลและความจำเป็นในการยื่นคำร้อง รายละเอียดเกี่ยวกับประเภทและลักษณะของข้อมูลที่ต้องการ วิธีการที่ใช้ในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลน้อยที่สุด รวมทั้งระยะเวลาที่จำเป็นต้องใช้ในการดำเนินการ"

ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2 วรรคสาม บัญญัติว่า "หากศาลพิจารณาเห็นว่า คำร้องดังกล่าวมีพยานหลักฐานตามสมควรอันน่าเชื่อว่าจะทำให้ได้มาซึ่งข้อมูลอันเป็นประโยชน์ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดนั้นและไม่สามารถรวบรวมพยานหลักฐานได้โดยวิธีการตามปกติเพราะอาจก่อให้เกิดอันตรายอย่างยิ่งต่อเจ้าหน้าที่รัฐ เมื่อคำนึงถึงผลกระทบของการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลนั้นด้วยแล้ว ให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้เข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลดังกล่าวเป็นคราว ๆ ละไม่เกินสิบห้าวัน ในกรณีมีเหตุอันสมควรอาจขยายได้อีก แต่รวมแล้วต้องไม่เกินเก้าสิบวัน โดยศาลอาจกำหนดเงื่อนไขใด ๆ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งเพื่อให้มีการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลเท่าที่จำเป็น รวมทั้งการกำหนดมาตรการเพื่อบรรเทาผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลจากการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลนั้นได้"

ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2 วรรคสี่ บัญญัติว่า "ให้ผู้ร้องขอรายงานการดำเนินการต่อศาลทุกสิบห้าวัน"

และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2 วรรคท้าย "คำสั่งอนุญาตของศาลย่อมมีผลบังคับให้บุคคลที่ครอบครองหรือดูแลข้อมูลนั้นต้องให้ความร่วมมือในการปฏิบัติตามคำสั่งศาลด้วย"

หลักการของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมวิธีพิจารณาความอาญาฉบับนี้ เป็นการบัญญัติถึงการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลอิเล็คทรอนิคส์ หรือข้อมูลข่าวสารใด ๆ ซึ่งยังขาดหลักการที่เป็นสากลของหลักการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐ ที่จะต้องกำหนดการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานต้องอยู่ในกรอบ มีขอบเขตที่แน่ชัด กล่าวคือ

ประการแรก กฎหมายดังกล่าวไม่มีความชัดเจนในฐานความผิดที่จะนำมาตรการฯมาใช้บังคับ โดยกำหนดเป็นประเภทคดีอย่างกว้าง ๆ ไว้เพียงว่า “จำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งการสืบสวนสอบสวน**คดีความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ ความผิดที่มีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรม** หรือ**ที่ยุ่งยากซับซ้อน**” ซึ่งพบว่าในกฎหมายต่างประเทศที่ได้ศึกษามานั้นจะกำหนดฐานความผิดที่สามารถใช้มาตรการได้ไว้อย่างละเอียดเพื่อลดการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานไม่ให้กว้างขวางจนเกินไป อันจะเป็นการง่ายที่จะละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการ

ประการต่อมา ร่างพระราชบัญญัติฯดังกล่าวมิได้กำหนดระยะเวลาสิ้นสุดของการใช้มาตรการไว้อย่างชัดเจน อีกทั้งยังไม่ได้กำหนดขั้นตอนการทำลายข้อมูลที่ได้มาจากการใช้มาตรการภายหลังจากที่สิ้นสุดการใช้มาตรการแล้ว และกฎหมายก็มิได้กำหนดขอบเขตของการใช้ว่า จะสามารถนำข้อมูลที่ได้จากการใช้มาตรการแบบใดบ้างมาใช้ได้ เนื่องจากเมื่อศึกษากฎหมายต่างประเทศจะพบว่า หากข้อมูลที่ได้มาจากการใช้มาตรการเป็นข้อมูลสำคัญที่เป็นเรื่องส่วนตัวโดยแท้ เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับการพูดคุยปรึกษาทนายความของบุคคลแล้ว กฎหมายต่างประเทศจะห้ามมิให้ศาลรับฟังข้อมูลดังกล่าว แม้ข้อมูลนั้นจะได้มาจากการใช้มาตรการโดยชอบด้วยกฎหมายก็ตาม

ประการสุดท้าย ร่างพระราชบัญญัติฯฉบับนี้ไม่ได้กำหนดให้มี**กระบวนการเผยแพร่และจัดทำรายงานสรุปผลการใช้มาตรการ** ทำให้ประชาชนจะไม่อาจทราบได้ว่าในแต่ละปีนั้น รัฐได้ใช้มาตรการเพื่อเข้าถึงข้อมูลของบุคคลไปแล้วมากน้อยเพียงใด ซึ่งย่อมเป็นกระบวนการที่จะทำให้เกิดความโปร่งใสในการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐอีกด้วยเช่นกัน

กล่าวโดยสรุป เมื่อวิเคราะห์และพิจารณาถึงการติดต่อสื่อสารทางเทคโนโลยีโทรคมนาคมรวมทั้งพฤติกรรมการใช้อินเทอร์เน็ตของสังคมไทยและสังคมโลกในปัจจุบัน เห็นว่าหากมีการใช้เทคโนโลยีโทรคมนาคมมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดขึ้นแล้ว ย่อมไม่อาจคาดเดาได้ว่าความผิดที่เกิดขึ้นนั้นจะเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติต่าง ๆ อันเป็นกฎหมายเฉพาะ (jus speciale) ฉบับใดบ้าง ดังนั้น การที่จะบัญญัติให้การดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตเป็นมาตรการบังคับควรพิจารณากำหนดหลักการนี้ลงในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีฐานะเป็น **บทกฎหมายทั่วไป** (jus generale) โดยเมื่อศึกษาหลักการเกี่ยวกับการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตของต่างประเทศ อาทิ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี พบว่าในประเทศที่มีความก้าวหน้าทางกฎหมายของโลกจะนำหลักการต่าง ๆ เกี่ยวกับมาตรการบังคับซึ่งกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้ใน

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ทั้งนี้ก็เพื่อให้หลักเกณฑ์การในการบังคับใช้กฎหมาย รวมทั้งแนวทางในทางปฏิบัติ และการตีความของศาลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเป็นไปอย่างมีเอกภาพ ไม่เกิดการบังคับใช้และการตีความกฎหมายที่ลักลั่นกันได้ในอนาคต อีกทั้งเมื่อบัญญัติให้การดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตเป็นกฎหมายในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว จำเป็นอย่างยิ่งจะต้องทำให้เงื่อนไขและหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติดังกล่าวมีความละเอียดรัดกุม ทั้งในเงื่อนไขการใช้มาตรการ ฐานความผิด ระยะเวลา การทำลายข้อมูล ผลกระทบต่อบุคคล และกระบวนการตรวจสอบและรายงานผลการใช้มาตรการที่มีความชัดเจนอีกด้วย ทั้งนี้ก็เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการบังคับทางอาญาจนเกินสมควร จนกลายเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพเกินไป ซึ่งหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมนั้นจะได้นำเสนอในหัวข้อสุดท้ายต่อไป

5.4 วิเคราะห์หลักกฎหมายว่าด้วยการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

การดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตเป็นมาตรการบังคับทางอาญาที่มีขึ้นเพื่อใช้ป้องกันการก่ออาชญากรรมที่มีความซับซ้อนมากขึ้นจากการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศที่ทันสมัยเข้ามาช่วยในการติดต่อสื่อสารกันในการประกอบอาชญากรรม มาตรการนี้ถือเป็นเครื่องมืออันสำคัญยิ่งของเจ้าพนักงานของรัฐในการที่จะเข้าถึงข้อมูลและเท่าทันต่อภัยต่าง ๆ อันเกิดจากใช้เทคโนโลยีสารสนเทศที่ทันสมัย แต่ในขณะเดียวกันการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตก็ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการติดต่อสื่อสารและในความเป็นส่วนตัวตามที่กฎหมายรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของไทยได้รับรองและคุ้มครองไว้ แต่สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวนั้นก็อาจถูกจำกัดได้เช่นกันหากเป็นกรณีที่มีเหตุจำเป็น ทั้งนี้ รัฐจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ โดยต้องกระทำเป็นอย่างมีขอบเขตและตามเงื่อนไขของกฎหมายอย่างเคร่งครัด ดังนั้น ในหัวข้อนี้จะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบถึงเงื่อนไขและกระบวนการทั้งหมดในการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตของกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ขอบเขตและเงื่อนไขในการใช้อำนาจของเจ้าพนักงาน ระยะเวลาในการใช้มาตรการ การทำลายข้อมูลที่ได้จากการใช้มาตรการ ผลกระทบที่มีต่อบุคคลภายนอก รวมทั้งกระบวนการเผยแพร่และจัดทำรายงานสรุปผลการใช้มาตรการ ทั้งนี้ โดยการนำหลักการที่ดีของกฎหมายต่างประเทศมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายของไทย โดยจะแยก

วิเคราะห์เปรียบเทียบเป็นรายหัวข้อย่อย เพื่อชี้ให้เห็นถึงข้อบกพร่อง และข้อที่กฎหมายไทยเกี่ยวกับเรื่องการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมยังขาดไป ทั้งนี้เพื่อทำให้หลักกฎหมายในเรื่องการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตของไทย มีความเป็นภาวะวิสัย (Objectivity) และมีความสมดุลกันระหว่างการป้องกันอาชญากรรมอย่างมีประสิทธิภาพ ไปพร้อมกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

5.4.1 เงื่อนไขการขอใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต ฐานความผิดในการใช้มาตรการ ระยะเวลาในการใช้มาตรการและระยะเวลาสิ้นสุดของมาตรการ

ประการแรกในการทำการศึกษาวิเคราะห์ในหัวข้อนี้คือ เงื่อนไขและความจำเป็นในการขอใช้มาตรการ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วหลักเกณฑ์นี้จะบัญญัติไว้ในส่วนของการยื่นคำร้องและรูปแบบของการยื่นคำร้อง ซึ่งจะต้องพิจารณาเงื่อนไขของหลักการในกฎหมายต่างประเทศ ดังนี้

(1) ประเทศสหรัฐอเมริกาตามกฎหมาย The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968[232]บัญญัติหลักการสำคัญไว้ว่า ห้ามดักฟังการกระทำความผิด เพื่อคุ้มครองสิทธิในการสื่อสาร (Right of Communication) โดยกำหนดให้อำนาจดักฟังเป็นข้อยกเว้นของสหรัฐอเมริกา โดยมีองค์ประกอบในการร้องขอใช้มาตรการ 2 ประการคือ

(ก) การใช้มาตรการดังกล่าวต้องเป็นเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนและการป้องกันอาชญากรรมบางประเภท

(ข) เจ้าพนักงานต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า การสืบสวนโดยวิธีอื่น ๆ ไม่ประสบความสำเร็จและต้องแสดงเหตุต่อศาลด้วยว่าทำไมจึงไม่ประสบความสำเร็จถ้าใช้วิธีอื่น หรือจะอันตรายมากเกินกว่าเหตุ กล่าวคือ มาตรการดักฟังเป็นมาตรการลำดับหลังที่ใช้ในการสืบสวนสอบสวนคดีอาญา

หลักเกณฑ์ในลักษณะนี้ของประเทศสหรัฐอเมริกามีความคล้ายคลึงกับมาตรการบังคับ “หมายอาญา” ในส่วนของหมายจับ หมายค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย[233] คือโดยหลักนั้นจะห้ามเจ้าพนักงานกระทำไว้ก่อน เจ้าพนักงานจะกระทำได้ต่อเมื่อเข้าข้อยกเว้น คือมีหมายอาญาจากศาล หรือมีเหตุฉุกเฉินเร่งด่วนเท่านั้น[234]

---

[232] https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-82/pdf/STATUTE-82-Pg197.pdf

[233] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 57 วรรคหนึ่ง.

[234] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78 ,79 และ 92.

(2) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกำหนดเงื่อนไขของการใช้มาตรการไว้ในกฎหมายสองฉบับด้วยกันกล่าวคือ

(ก) รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 10 (Grundgesetz –G10[235]) กำหนดเงื่อนในการใช้มาตรการในการดักการสื่อสารทางโทรคมนาคมจะกระทำได้ "เฉพาะกรณีที่การค้นหาข้อเท็จจริงโดยวิธีการอื่นไม่อาจกระทำได้ หรือเป็นไปได้ยากยิ่ง และจะกระทำได้เฉพาะต่อบุคคลผู้ต้องสงสัย หรือบุคคลซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าติดต่อกับผู้ต้องสงสัยหรือการให้ข่าวสารต่าง ๆ กับผู้ต้องสงสัย หรือที่ผู้ต้องสงสัยใช้เครื่องมือสื่อสารของบุคคลนั้น" มีข้อสังเกตว่า รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz) บัญญัติหลักประกันในเรื่องสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในเรื่องความลับในการสื่อสารไว้แล้ว ทำให้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันต้องถือตามหลักการพื้นฐานนี้

(ข) กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน กำหนดเงื่อนไขสำคัญไว้สองประการด้วยกันคือ ต้องปรากฏว่ามีความสงสัยว่ามีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น โดยจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงสนับสนุนว่ามีความสงสัยว่าการกระทำความผิดอาญาที่บัญญัติไว้ในมาตรา 100a StPO เกิดขึ้นเสียก่อน โดยใช้ระดับความสงสัยเพียงระดับเบื้องต้น (Anfangsverdacht) เท่านั้น และหน่วยงานของรัฐจะสามารถใช้มาตรการดักการสื่อสารโทรคมนาคมนี้ได้ก็ต่อเมื่อการค้นหาความจริงในคดีหรือการทราบถึงสถานที่ที่ผู้ถูกกล่าวหาใช้เป็นที่อาศัยอยู่นั้นทำได้ยากลำบากหรือเป็นไปไม่ได้เลย ตามหลัก Subsidiarity โดยในคำร้องขอใช้มาตรการดักการสื่อสารโทรคมนาคมจะต้องบรรยายให้ได้ว่าการสอบสวนโดยไม่ใช่มาตรการดังกล่าวไม่อาจประสบความสำเร็จได้หรืออาจทำได้โดยยากลำบากเพราะเหตุใด

(3) ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นที่มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการดักฟังการกระทำความผิด โดยบัญญัติไว้ตามรัฐบัญญัติ เลขที่ 91-646 กำหนดให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจอนุญาตให้ทำการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ทั้งนี้ การใช้มาตรการดักฟังการติดต่อสื่อสารวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาข้อมูลข่าวสารที่จำเป็นแก่การรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเพิ่มศักยภาพทางวิทยาศาสตร์และทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือการป้องกันการก่อการร้ายหรือ

---

[235] **โปรดดู** หัวข้อ 4.2.1 (ก) อำนาจรัฐในการดักฟังการกระทำความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 10 (Grundgesetz Artikle 10 (G10)), (น.90-98), ประกอบ.

อาชญากรรม และการอนุญาตให้ใช้มาตรการดังกล่าวต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและแสดงเหตุผลในการใช้มาตรการดังกล่าวประกอบด้วย

จากการศึกษาหลักกฎหมายต่างประเทศพบว่า กฎหมายต่างประเทศทุกประเทศล้วนให้ความสำคัญต่อรายละเอียดในการกำหนดเงื่อนไขที่จะขอใช้มาตรการ ดังนั้น การกำหนดให้การดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตเป็นมาตรการบังคับทางอาญานั้นควรกำหนดหลักเกณฑ์อันถือเป็นเงื่อนไขและความจำเป็นในการใช้มาตรการ โดยองค์ประกอบที่สำคัญคือ “ต้องปรากฏว่ามีความสงสัยว่ามีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น และเจ้าพนักงานต้องแสดงเหตุต่อศาลให้ได้ว่าการค้นหาความจริงในคดีหรือการทราบถึงสถานที่ที่ผู้ถูกกล่าวหาใช้เป็นที่อาศัยอยู่นั้นทำได้ยากลำบากหรือเป็นไปไม่ได้เลย” โดยความสงสัยที่จะมีความผิดอาญาเกิดขึ้นหรือไม่นั้นควรใช้ระดับความสงสัยเพียงระดับเบื้องต้น (Anfangsverdacht) เท่านั้น กล่าวคือ พยานหลักฐานมีความน่าเชื่อเพียงขั้น “น่าจะ” ไม่ใช่ “แน่ใจ” ไม่ต้องมีหลักฐานถึงขนาดปราศจากข้อสงสัยหรือถึงขั้นมีมูลเป็นความผิดเหมือนเช่นในกรณีการลงโทษหรือการไต่สวนมูลฟ้องคดีอาญา[236]

ประการที่สอง ฐานความผิดในการขออนุมัติต่อศาลในการใช้มาตรการ จากการศึกษาพบว่า มีการกำหนดฐานความผิดไว้อย่างชัดเจนแน่นอน ดังนี้

(1) ประเทศสหรัฐอเมริกา The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 กำหนดลักษณะของความผิดอาญาบางประเภทที่รัฐสามารถดักฟังการกระทำความผิดได้ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2516 (1)[237] ซึ่งลักษณะของความผิดทางอาญาที่รัฐสามารถดักฟังการกระทำความผิดต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนและป้องกันอาชญากรรม ตามประมวลกฎหมายสหรัฐ (The United State Code/U.S.Code)[238] ยกตัวอย่างเช่น ความผิดที่มีโทษประหารชีวิต หรือจำคุกเกินกว่า 1 ปี ความผิดเกี่ยวกับการก่อวินาศกรรมอุปกรณ์นิวเคลียร์หรือพลังงาน เป็นต้น โดยกำหนดด้วยว่าเฉพาะความผิดอาญาดังที่กล่าวมาข้างต้นนี้เท่านั้นที่จะมีการดักฟังการกระทำความผิดทางโทรศัพท์ได้ ความผิดอาญาอื่น ๆ ไม่อาจใช้การดักฟังการกระทำความผิดเพื่อป้องกันและสอบสวนได้

---

[236] ณรงค์ ใจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2556), น.214.

[237] The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 มาตรา 2516 (1).

[238] The United State Code, Retrived October 15, 2019, from https://www.law.cornell.edu/uscode/text.

(2) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกำหนดไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ มาตรา 10 (G10) กำหนดหลักเกณฑ์ว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอันเป็นที่น่าสงสัยว่ามีผู้ใดวางแผนจะกระทำความผิด หรือกระทำความผิด หรือได้กระทำความผิดตามฐานความผิดต่าง ๆ ตามมาตรา 2 (1) ตาม G10 ซึ่งฐานความผิดส่วนใหญ่เป็น**ความผิดที่มีความร้ายแรงเป็นความผิดที่กระทบต่อความมั่นคงแห่งรัฐ หรือสังคมโดยรวมอย่างมาก** ยกตัวอย่างเช่น ความผิดอาญาฐานเป็นศัตรูของประเทศ การกระทำการเป็นอันตรายต่อนิติรัฐและประชาธิปไตย การกระทำการเป็นศัตรูต่อมลรัฐ และฐานกระทำการอันเป็นการกระทบกระเทือนความมั่นคงภายนอกของประเทศ ความผิดอาญาฐานผิดต่อการป้องกันมลรัฐ (gegen die Landesverteidigund) ความผิดอาญาฐานความผิดต่อความมั่นคงของกองกำลังทหารที่ตั้งอยู่ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันตามสนธิสัญญาป้องแอตแลนติกเหนือ ความผิดอาญาฐานก่อตั้งกลุ่มก่อการร้าย (Bildung terrorischer Vereinigungen) เป็นต้น

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนีบทบัญญัติมาตรา 100a StPO ซึ่งแบ่งประเภทความผิดออกเป็น 11 กลุ่มความผิด ซึ่งการดักการสื่อสารโทรคมนาคมจะกระทำได้แต่เฉพาะฐานความผิดตามที่ปรากฏใน มาตรา 100a II StPO เท่านั้น โดยมีเจตนารมณ์ในการใช้มาตรการนี้ต่อความผิดอาญาที่เป็นความผิดอาญาร้ายแรง ยกตัวอย่างเช่น กลุ่มที่ 1 ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่มีความร้ายแรง ยกตัวอย่างเช่น ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ การเป็นปรปักษ์ต่อระบอบเสรีประชาธิปไตย ความมั่นคงในทางระหว่างประเทศ ความผิดฐานรับหรือให้สินบนเจ้าพนักงาน อาชญากรรมเกี่ยวกับการป้องกันประเทศ ความผิดฐานฆาตกรรม ฆ่าโดยไม่มีเจตนา ความผิดต่อเสรีภาพ ปล้นทรัพย์ ชิงทรัพย์ กรรโชก ความผิดเกี่ยวกับการฟอกเงิน ความผิดเกี่ยวกับการปลอมแปลงเอกสาร ความผิดฐานฉ้อโกง กลุ่มที่ 8 ความผิดตามพระราชบัญญัติการควบคุมสารตั้งต้น กลุ่มที่ 9 ความผิดตามพระราชบัญญัติควบคุมอาวุธสงคราม กลุ่มที่ 10 ความผิดตามกฎหมายต่อต้านอาชญากรรมระหว่างประเทศ ได้แก่ ความฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงคราม และกลุ่มที่ 11 ความผิดตามพระราชบัญญัติอาวุธ เหล่านี้เป็นต้น

(3) ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส รัฐบัญญัติเลขที่ 91 – 646 ว่าด้วยการการคุ้มครองความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม กำหนดประเภทความผิดไว้อย่างกว้าง ๆ โดยกำหนดว่าในคดีอาญาซึ่งมีโทษจำคุกขั้นต่ำตั้งแต่ 2 ปีขึ้นไป เมื่อมีความจำเป็นที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิด และเอาตัวผู้กระทำผิดมาฟ้องร้องลงโทษ ผู้พิพากษาไต่สวนมีอำนาจที่จะสั่งให้ดักฟัง บันทึก

และถ่ายเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของบุคคลและควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าว

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่า การระบุฐานความผิดที่เจ้าพนักงานสามารถใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตที่ดีนั้นจะต้องทำให้กฎหมายมีขอบเขตการใช้มาตรการที่ชัดเจนแน่นอนทั้งนี้เพื่อขจัดปัญหาการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางเกินขอบเขตของเจ้าพนักงาน โดยที่ผ่านมาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกำหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2 วรรคหนึ่ง กำหนดเพียงว่า **คดีความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ ความผิดที่มีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรม หรือที่ยุ่งยากซับซ้อน** อันถือว่าเป็นการกำหนดฐานความผิดในการใช้มาตรการที่มีลักษณะเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานใช้ดุลพินิจในการใช้มาตรการมากเกินไป ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรที่จะกำหนดประเภทของฐานความผิดที่รัฐจะอนุญาตให้ดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยระบุฐานความผิดต่าง ๆ โดยพิจารณาถึงกฎหมายพิเศษที่ให้อำนาจในการดักฟังการกระทำความผิด หรือดักรับข้อมูลการกระทำความผิดในพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่มีอยู่ในปัจจุบันเข้ารวมไว้ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นบัญชีท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อความชัดเจนแน่นอนและความสะดวกในการบังคับใช้กฎหมายต่อไป

ประการสุดท้าย เรื่องระยะเวลาบังคับใช้มาตรการ และระยะเวลาสิ้นสุดของการใช้มาตรการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต โดยศึกษาถึงหลักกฎหมายต่างประเทศ ดังนี้

(1) ประเทศสหรัฐอเมริกาตามกฎหมาย The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 กำหนดไว้ว่า ระยะเวลาในการดักฟังการกระทำความผิดนั้นศาลจะอนุญาตเกินกว่า 30 วัน ไม่ได้ หากมีความจำเป็นขอขยายได้อีกไม่เกิน 30 วัน แต่หากเป็นการใช้วิธีการติดตั้ง Pen register เพื่อบันทึกถอดรหัสสารสนเทศเกี่ยวกับโทรศัพท์ การติดต่อ ที่อยู่ หรือสัญญาณซึ่งมีการส่งโดยใช้อุปกรณ์หรือเครื่องมือส่งตามสายหรือทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือติดตั้งอุปกรณ์ Trap and Trace เพื่อบันทึกข้อมูลที่ส่งเข้ามาเพื่อแสดงหมายเลขผู้โทรเข้า ศาลอาจอนุญาตได้ไม่เกิน 60 วัน และขยายได้อีกไม่เกินระยะเวลา 60 วันเช่นเดียวกัน

(2) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมาตรา 10 (G10) ระยะเวลาอนุญาตได้ไม่เกิน 3 เดือน เหตุยกเลิก คำสั่งอนุญาตระงับได้ด้วยเหตุว่าความสงสัย หรือความจำเป็นไม่มีอีกต่อไป

ส่วนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 100a StPO กำหนดระยะเวลาในการดักฟังการสนทนา ยาวนานที่สุดได้ไม่เกิน 3 เดือน การขยายกระทำได้อีกแต่ไม่เกิน 3 เดือน และในกรณีที่เหตุต่าง ๆ ตามฐานความผิดที่ระบุในมาตรา 100a ไม่มีต่อไปแล้วมาตรการนั้นย่อมตกไป และต้องแจ้งการยกเลิกใช้มาตรการให้ศาลทราบด้วย

(3) ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส รัฐบัญญัติเลขที่ 91 – 646 ว่าด้วยการการคุ้มครองความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคม กำหนดว่า การอนุญาตให้ทำการดักฟังการติดต่อสื่อสารทางโทรคมนาคมมีผลบังคับได้นานไม่เกิน 4 เดือน และสิ้นผลบังคับทันทีเมื่อสิ้นระยะเวลาดังกล่าว อย่างไรก็ตามการขยายระยะเวลาการอนุญาตย่อมกระทำได้ภายใต้แบบและเงื่อนไขเดิม แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินกว่า 4 เดือน

จากการศึกษาพบว่า ระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายต่างประเทศแม้จะมีความแตกต่างกันอยู่ตามที่แต่ละประเทศจะกำหนดขึ้นก็ตาม แต่ข้อสำคัญก็คือ กฎหมายมีกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดไว้อย่างชัดเจน และควรที่จะให้เจ้าพนักงานผู้ขอใช้มาตรการรายงานเรื่องดังกล่าวเข้าสู่สำนวนคดีของศาลด้วย เพื่อให้ศาลสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานได้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักการตรวจสอบภายนอกโดยองค์กรที่มีอิสระ โดยร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “...ให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้เข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลดังกล่าวเป็นคราว ๆ ละไม่เกินสิบห้าวัน ในกรณีมีเหตุอันสมควรอาจขยายได้อีกแต่รวมแล้วต้องไม่เกินเก้าสิบวัน...” แต่ร่างฯดังกล่าวมิได้กำหนดการสิ้นสุดของการใช้มาตรการเอาไว้ ดังนั้น หลักของการใช้มาตรการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตของประเทศไทย กฎหมายควรจะต้องเพิ่มเติมเงื่อนไขการสิ้นสุดของการใช้มาตรการโดยกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตของประเทศไทย โดยกำหนดว่า “เมื่อกรณีที่เหตุต่าง ๆ ตามฐานความผิดที่ระบุในการขออนุญาตใช้มาตรการไม่มีต่อไปแล้วมาตรการนั้นย่อมตกไปโดยทันที และให้เจ้าพนักงานต้องแจ้งการยกเลิกใช้มาตรการให้ศาลทราบด้วยโดยพลัน” อีกด้วย

5.4.2 องค์กรผู้มีอำนาจอนุญาตให้ใช้มาตรการฯ และองค์กรผู้มีหน้าที่ยื่นคำร้องขอในการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต

การดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตนั้นเป็นกระบวนการที่ละเมิดต่อสิทธิในความเป็นส่วนและเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารของบุคคล ซึ่งทั้งสองสิ่งนี้กฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยก็ได้

รับรองคุ้มครองไว้ ในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึงว่า เมื่อมีการยื่นคำร้องขอในการใช้มาตรการดังกล่าวแล้ว องค์กรใดจะมีหน้าที่ในการยื่นคำร้องขอ และองค์กรใดมีหน้าที่อนุญาตให้ใช้มาตรการดังกล่าว โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศดังต่อไปนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 มาตรา 2518 (1) กำหนดให้องค์กรที่มีอำนาจอนุญาตและพิจารณาคำร้องขอ ได้แก่ **ศาลยุติธรรม** ที่มีเขตอำนาจ ซึ่งเจ้าพนักงานของรัฐจะต้องทำคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรโดยต้องประกอบด้วยคำสาบานหรือคำปฏิญาณต่อผู้พิพากษา คำร้องต้องระบุอำนาจของผู้ร้องในการทำคำร้อง รายละเอียดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

(ก) การยืนยันตัวเจ้าพนักงานผู้สืบสวนสอบสวน หรือเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายที่ทำคำร้องขอดักฟังการกระทำความผิดและเจ้าพนักงานของรัฐผู้อนุญาตตามคำร้อง[239]

(ข) รายละเอียดที่ครบถ้วนเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกับคำร้องที่ให้เหตุผลได้ถึงเหตุที่ศาลควรมีคำสั่งอนุญาต ประกอบด้วยรายละเอียด ดังนี้[240]

1) รายละเอียดเกี่ยวกับความผิดโดยเฉพาะซึ่งได้เกิดขึ้น กำลังเกิดขึ้น หรือกำลังจะเกิดขึ้น

2) เว้นแต่ที่กฎหมายกำหนดไว้ในอนุมาตรา (11) รายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะและสถานที่ตั้งเครื่องดักฟังการกระทำความผิด

3) รายละเอียดเกี่ยวกับประเภทของการสื่อสารที่จะดักฟังการกระทำความผิด

4) รายละเอียดเกี่ยวกับบุคคลซึ่งการสื่อสารของผู้กระทำซึ่งจะถูกดักฟังการกระทำความผิดถ้าหากสามารถระบุได้

(ค) รายละเอียดที่แสดงว่าได้มีการสืบสวนสอบสวนด้วยวิธีอื่นแล้วแต่ไม่ประสบผลสำเร็จหรือไม่ อย่างไร และเหตุผลที่แสดงว่าไม่ประสบความสำเร็จหากใช้วิธีการอื่นหรือจะเป็นอันตรายเกินควร[241]

---

[239] Title of the 18 U.S.Code, Section 2518 1(a).

[240] Title of the 18 U.S.Code, Section 2518 1(b).

[241] Title of the 18 U.S.Code, Section 2518 1(c).

(ง) ระบุระยะเวลาที่ขออนุญาตดักฟังการกระทำความผิด ถ้าลักษณะแห่งการดักฟังการกระทำความผิดมีว่า การอนุญาตเพื่อดักฟังการกระทำความผิดไม่อาจยุติลงโดยอัตโนมัติ เมื่อการสื่อสารประเภทที่ระบุไว้ได้รับแล้วในโอกาสแรก รายละเอียดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงโดยเฉพาะต้องระบุเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะมีการสื่อสารในประเภทเดียวกันเพิ่มเติมอีกในภายหลัง[242]

(จ) รายละเอียดที่ครบถ้วนเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในเรื่องคำร้องที่ผ่านมาทั้งหมดที่บุคคลผู้อนุญาตและทำคำร้องได้ทราบยื่นต่อผู้พิพากษาใด ๆ เพื่อขออนุญาตดักฟังการกระทำความผิดหรือเพื่อขอรับรองการดักฟังการสื่อสารทางสาย ทางคำพูด หรือทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคคลใด ๆ ที่อยู่ในกลุ่มเดียวกัน เครื่องอำนวยความสะดวก หรือสถานที่ที่ระบุในคำร้อง และผู้พิพากษาสั่งคำร้องแต่ละฉบับอย่างไร[243] และ

(ฉ) ในกรณีที่เป็นคำร้องขอขยายระยะเวลาดักฟังการกระทำความผิด จะต้องระบุว่าการดักฟังการกระทำความผิดยังไม่ได้รับข้อมูลไม่เป็นที่น่าพอใจ หรือคำอธิบายที่มีเหตุผลถึงการล้มเหลวที่จะได้รับจากการดักฟังการกระทำความผิดที่ผ่านมา[244]

ทั้งนี้ ผู้พิพากษาผู้พิจารณาคำร้องอาจเรียกให้ผู้ยื่นคำร้องแสดงพยานหลักฐานเพิ่มเติมในการพิจารณาสั่งคำร้องได้

ในส่วนของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนีกำหนดว่า การใช้มาตรการดักและบันทึกการสื่อสารโทรคมนาคม โดยหลักจะกระทำได้ก็แต่**โดยคำสั่งศาลเท่านั้น**เป็นผู้อนุญาตให้ออกหมายให้ใช้มาตรการ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการที่กฎหมายพยายามให้องค์กรที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลางเข้ามาควบคุมการใช้มาตรการบังคับทางอาญาโดยเป็นผู้เข้ามาตรวจสอบการมีอยู่ของเงื่อนไขในการใช้มาตรการเป็นสำคัญ เหตุผลก็เนื่องมาจากมาตรการดังกล่าวจะเกิดขึ้นในทางลับโดยที่ผู้ได้รับผลกระทบจะไม่สามารถปัดป้องหรือขัดขวางไม่ให้การใช้มาตรการเกิดขึ้นได้เลยนั่นเอง ทั้งนี้ กฎหมายบัญญัติให้**พนักงานอัยการเป็นผู้ร้องขอ**ให้ใช้มาตรการดักการสื่อสารโทรคมนาคมต่อศาล แต่กฎหมายก็ผ่อนคลายหลักไว้ด้วยว่าในกรณีจำเป็นเร่งด่วน พนักงานอัยการสามารถอนุญาตให้ใช้มาตรการดังกล่าวได้

---

[242] Title of the 18 U.S.Code, Section 2518 1(d).

[243] Title of the 18 U.S.Code, Section 2518 1(e).

[244] Title of the 18 U.S.Code, Section 2518 1(f).

คำสั่งอนุญาตหรือหมายดักและบันทึกการสื่อสารโทรคมนาคมจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและมีข้อความดังต่อไป โดยระบุชื่อและที่อยู่ของบุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการ ข้อกล่าวหาที่เป็นฐานของการใช้มาตรการ วิธีการ ขอบเขต ระยะเวลาและเวลาสิ้นสุดของการใช้มาตรการ ประเภทของข้อมูลที่จะได้มาจากการใช้มาตรการและความสำคัญของข้อมูลนั้นต่อการดำเนินคดี และเบอร์โทรศัพท์หรือข้อมูลที่ระบุการเชื่อมต่อที่จะดักและบันทึกการสื่อสาร หรือเครื่องมือหรืออุปกรณ์ปลายทาง[245]

เมื่อศาลอนุมัติแล้ว ผู้ให้บริการสื่อสารโทรคมนาคมมีหน้าที่ต้องเปิดช่องทางให้หน่วยงานของรัฐสามารถดักและบันทึกการสื่อสารโทรคมนาคมได้ และจะต้องให้ข้อมูลที่จำเป็นโดยไม่ชักช้า นอกจากนั้นโปรแกรมที่ใช้ในการดักและบันทึกการสื่อสารจะต้องสามารถบันทึกวันเวลาที่มีการใช้มาตรการ รายละเอียดของข้อมูลที่ระบุถึงระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ รายละเอียดที่จะทำให้การดักและบันทึกการสื่อสารเกิดขึ้นได้ และหน่วยงานที่จะเป็นผู้ดำเนินการตามมาตรการดังกล่าว[246] โดยหากว่าเงื่อนไขในการออกหมายไม่ปรากฏอีกต่อไป มาตรการดักและบันทึกการสื่อสารจะต้องสิ้นสุดลงโดยไม่ชักช้า โดยต้องแจ้งไปยังศาลผู้ออกหมายด้วย[247]

มาตรการดักการสื่อสารโทรคมนาคมสามารถใช้ได้กับทั้งผู้ถูกกล่าวหา ผู้ส่งข่าวให้แก่ผู้ถูกกล่าวหา และผู้ที่เป็นเจ้าของระบบการสื่อสารโทรคมนาคมที่ผู้ถูกกล่าวหาใช้ ซึ่งการใช้มาตรการดักการสื่อสารทางโทรคมนาคมหลีกเลี่ยงไม่ได้เลยที่จะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะเป็นบุคคลผู้ที่ติดต่อกับผู้ถูกกล่าวหา หรือบุคคลผู้ที่ผู้ถูกกล่าวหาติดต่อไปหา มาตรการนี้ก็สามารถดักการติดต่อสื่อสารโทรคมนาคมได้ทั้งหมด โดยเฉพาะบุคคลประเภทสุดท้ายซึ่งเป็นบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการอย่างมากเนื่องจากบุคคลผู้นี้มักจะไม่เกี่ยวข้องใด ๆ กับการกระทำความผิด[248] กฎหมายได้เพิ่มเติมหลักการนี้เมื่อ ค.ศ.1968 ในวรรคสาม ของมาตรา 100a StPO

---

[245] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100b (2)(StPO).

[246] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100b (3)(StPO).

[247] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100b (4)(StPO).

[248] รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่อง กฎหมายเกี่ยวกับการให้รัฐเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน:กรณีศึกษาสหพันธรัฐเยอรมนี, (น.11-12), โดย ผศ.ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน , (2561), กรุงเทพมหานคร:สำนักส่งเสริมวิชาการรัฐสภา สถาบันพระปกเกล้า.

ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส แบ่งประเภทของการใช้อำนาจของรัฐในการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมออกเป็น 2 ประการ กล่าวคือ

(1) การดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมตามคำสั่งศาล[249] หรือเรียกว่า การดักฟังโดยอำนาจศาล (ecoute judiciares)

1.1 คำสั่งให้ดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และต้องระบุหมายเลขเครื่องที่จะมีการติดต่อสื่อสาร ความผิดที่เป็นมูลเหตุจูงใจให้ออกคำสั่งเช่นว่านี้และกำหนดเวลาที่คำสั่งมีผลบังคับไว้ด้วย อนึ่ง กำหนดเวลาที่คำสั่งให้มีผลบังคับได้นานไม่เกิน 4 เดือน และขยายออกไปได้ภายใต้รูปแบบ และเงื่อนไขดังกล่าวได้อีกไม่เกิน 4 เดือน

1.2 ผู้พิพากษาไต่สวน[250] (Le Juge d'instruction) หรือเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรมซึ่งได้รับมอบอำนาจจากผู้พิพากษาสอบสวน มีอำนาจสั่งให้องค์กรและหน่วยงานที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบกิจการโทรคมนาคมหรือองค์กรและหน่วยงานที่ได้รับสัมปทานการบริการสาธารณะทางด้านโทรคมนาคมแล้วแต่กรณีติดตั้งเครื่องดักฟัง

1.3 การติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมต้องจัดทำรายงานการดักฟังและบันทึกการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมโดยรายงานดังกล่าวจะต้องระบุวันเวลาที่เริ่มต้น และสิ้นสุดการดักฟังการกระทำความผิดและบันทึกการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมไว้ด้วย

(2) การดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเพื่อการรักษาความมั่นคง[251] หรือเรียกว่า การดักฟังทางปกครอง (ecoute admistratives)

นายกรัฐมนตรี หรือผู้ที่นายกรัฐมนตรีมอบหมายคนใดคนหนึ่งในสองคน โดยคำแนะนำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หรือรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบกิจการศุลกากร หรือของผู้ที่รัฐมนตรีเหล่านี้มอบหมาย มีอำนาจอนุญาตให้ทำการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเพื่อแสวงหาข้อมูลข่าวสารที่จำเป็นแก่การรักษาความมั่นคง

---

[249] กมลชัย รัตนสกาววงศ์ และวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, รายงานการศึกษาวิจัยแนวทางในการยกร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง, (กรุงเทพมหานคร:สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2540), น.92-94.

[250] อุทัย อาทิเวช, รวมบทความกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร:ห้างหุ้นส่วนจำกัด วี.เจ.พริ้นติ้ง, 2557), น.238-245.

[251] กมลชัย รัตนสกาววงศ์ และวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 208*, น.92-94.

ของรัฐ ศักยภาพทางวิทยาศาสตร์ และทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือการป้องกันการก่อการร้าย หรืออาชญากรรม การอนุญาตดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือและต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย โดยการใช้อำนาจเช่นนี้ของฝ่ายบริหารนั้นจะต้องกระทำในรูปแบบของคณะกรรมการ ที่มีบุคคลจากหลายภาคส่วนเข้ามาเกี่ยวข้องในการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจนี้ของนายกรัฐมนตรี กล่าวคือ

การใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีจะต้องได้รับการตรวจสอบโดย “คณะกรรมการควบคุมการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมแห่งชาติ”จัดตั้งขึ้นเพื่อควบคุมดูแลให้มีการปฏิบัติตามบทบัญญัติในบรรพ 2 ว่าด้วยการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมอย่างเคร่งครัด รัฐบัญญัตินี้ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการซึ่งมีฐานะเป็น “องค์กรปกครองอิสระ” (Autorite Administrative Independante)

คณะกรรมการโดยพลการ (d’ office) หรือโดยคำร้องขอของผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง มีอำนาจตรวจสอบการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมใด ๆ ว่าเป็นไปโดยชอบด้วยบทบัญญัติในบรรพ 2 ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นว่าการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเป็นไปโดยมิชอบด้วยให้คณะกรรมการแนะนำให้นายกรัฐมนตรีมี “คำสั่งให้ยับยั้ง” การดักฟังนั้นเสีย และให้แจ้ง “ข้อแนะนำ” ดังกล่าวให้รัฐมนตรีที่เสนอแนะให้นายกรัฐมนตรี หรือผู้ที่นายกรัฐมนตรีมอบหมายออกหนังสืออนุญาตได้ทราบ

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศ พบว่านอกจากการใช้มาตรการบางกรณีของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสแล้ว กฎหมายให้อำนาจในการอนุญาตให้ใช้มาตรการบังคับทางอาญานั้นเป็นขององค์กรศาลยุติธรรมทั้งสิ้น โดยประเทศสหรัฐอเมริกากฎหมายกำหนดให้อำนาจอนุญาตและพิจารณาคำร้องขอเป็นของ **ศาลยุติธรรม** ที่มีเขตอำนาจ อีกทั้งยังกำหนดต่อไปด้วยว่าเจ้าพนักงานของรัฐจะต้องทำคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรโดยต้องประกอบด้วยคำสาบานหรือคำปฏิญาณต่อผู้พิพากษา คำร้องต้องระบุอำนาจของผู้ร้องในการทำคำร้อง รายละเอียดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ ผู้พิพากษาผู้พิจารณาคำร้องอาจเรียกให้ผู้ยื่นคำร้องแสดงพยานหลักฐานเพิ่มเติมในการพิจารณาสั่งคำร้องได้ ในส่วนของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนีกำหนดว่า การใช้มาตรการดักและบันทึกการสื่อสารโทรคมนาคม โดยหลักจะกระทำได้ก็แต่**โดยคำสั่งศาลเท่านั้น**เป็นผู้อนุญาตให้ออกหมายให้ใช้มาตรการ และประเทศสาธารณรัฐ

ฝรั่งเศส การดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมตามคำสั่งศาล[252] หรือเรียกว่า การดักฟังโดยอำนาจศาล (ecoute judiciares) กฎหมายก็กำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาไต่สวน (Le Juge d'instruction) หรือเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรมซึ่งได้รับมอบอำนาจจากผู้พิพากษาสอบสวน มีอำนาจสั่งให้องค์กรและหน่วยงานที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบกิจการโทรคมนาคมหรือองค์กรและหน่วยงานที่ได้รับสัมปทานการบริการสาธารณะทางด้านโทรคมนาคมแล้วแต่กรณีติดตั้งเครื่องดักฟัง ซึ่งมีเพียงกรณีของการการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเพื่อการรักษาความมั่นคง[253] หรือเรียกว่า การดักฟังทางปกครอง (ecoute admistratives) ของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเท่านั้นที่กำหนดให้เป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรี หรือผู้ที่นายกรัฐมนตรีมอบหมายคนใดคนหนึ่งในสองคน โดยคำแนะนำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หรือรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบกิจการศุลกากร หรือของผู้ที่รัฐมนตรีเหล่านี้มอบหมาย มีอำนาจอนุญาตให้ทำการดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเพื่อแสวงหาข้อมูลข่าวสารที่จำเป็นแก่การรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือการป้องกันการก่อการร้าย หรืออาชญากรรม การอนุญาตดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือและต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย โดยการใช้อำนาจเช่นนี้ของฝ่ายบริหารนั้นจะต้องกระทำในรูปแบบของคณะกรรมการ ที่มีบุคคลจากหลายภาคส่วนเข้ามาเกี่ยวข้องในการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจนี้ของนายกรัฐมนตรี

กรณีองค์กรที่มีอำนาจยื่นคำร้องขอต่อศาลในการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้เป็นอำนาจของเจ้าพนักงานที่มีอำนาจสอบสวน ไม่ว่าจะอยู่ในส่วนกลางหรือในมลรัฐต่าง ๆ เช่นเดียวกับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีเพียงประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเท่านั้นที่ใช้ระบบอัยการที่สมบูรณ์ ดังนั้น กฎหมายจึงบัญญัติให้**พนักงานอัยการเป็นผู้ร้องขอ**ให้ใช้มาตรการดักการสื่อสารโทรคมนาคมต่อศาล ทั้งนี้เพราะระบบการดำเนินคดีอาญาของประเทศเยอรมนีเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (Public prosecution) อำนาจสอบสวนฟ้องร้องย่อมต้องตกอยู่ในความควบคุมของพนักงานอัยการเพื่อทำให้การสอบสวนคดีอาญาก่อนฟ้องร้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนี้ เมื่อได้ศึกษาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติต่าง ๆ รวมทั้งร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยแล้ว พบว่า แม้

---

[252] กมลชัย รัตนสกาววงศ์ และวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *เพิ่งอ้าง*, น.92-94.

[253] กมลชัย รัตนสกาววงศ์ และวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *เพิ่งอ้าง*, น.92-94.

กฎหมายของไทยทุกฉบับจะให้อำนาจในการบังคับใช้มาตรการบังคับเช่นว่านี้เป็นอำนาจของศาลก็ตาม แต่ในส่วนของผู้มีอำนาจยื่นคำร้องขอใช้มาตรบังคับแล้ว กฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งหมดของไทยกลับกำหนดให้อำนาจนี้เป็นของเจ้าพนักงานตำรวจ หรือเจ้าพนักงานฝ่ายบริหารตามกฎหมายพิเศษต่าง ๆ ซึ่งทำให้การของใช้มาตรการบังคับทางอาญาซึ่งอยู่ในขั้นตอนของการสอบสวนคดีก่อนฟ้องคดีอาญานั้น ไม่ได้รับการตรวจสอบกลั่นกรองจากพนักงานอัยการ ส่งผลให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่เกี่ยวข้องถูกละเลยไป กรณีเมื่อบัญญัติให้การดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตเป็นกฎหมายแล้วควรกำหนดให้หน้าที่ในการร้องขอใช้มาตรการดังกล่าวเป็นอำนาจของพนักงานอัยการเพื่อเป็นการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจสอบสวนของพนักงานสอบสวน ขณะเดียวกันก็เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไปพร้อมกันด้วย

5.4.3 ข้อยกเว้นอำนาจอนุญาตให้ใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตโดยศาล

เมื่อศึกษาถึงแนวคิด และกฎหมายต่างประเทศแล้วจะเห็นว่า ในเรื่องของข้อยกเว้นเพราะเหตุจำเป็นเร่งด่วนหรือเหตุฉุกเฉินอย่างยิ่งที่จะนำมาตรการดักฟังหรือดักรับข้อมูลมาใช้ก่อนโดยไม่ต้องขออนุญาตจากศาลนั้นแบ่งพิจารณากฎหมายต่างประเทศ ดังนี้

(1) ประเทศสหรัฐอเมริกา The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 กำหนดให้บางกรณีที่อาจ **มีความจำเป็นฉุกเฉินเร่งด่วน** ที่จะต้องดักฟังการกระทำความผิดโดยไม่อาจรอให้ได้รับการอนุญาตจากศาลก่อน จึงได้มีบทบัญญัติในมาตรา 2518 (7) วางหลักเกณฑ์ที่เจ้าพนักงานของรัฐสามารถทำการดักฟังการกระทำความผิดก่อนที่จะได้รับอนุญาตจากศาลได้ในกรณีมีความจำเป็นฉุกเฉินเร่งด่วนตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) จะมี**อันตรายถึงแก่ชีวิตโดยทันที** หรือ**อันตรายต่อร่างกายอย่างสาหัส**ต่อบุคคลใด

(2) มีการกระทำการสมคบคิดซึ่งเป็น**การคุกคามต่อความมั่นคงแห่งรัฐ**

(3) การกระทำการสมคบคิดในลักษณะเป็น**องค์กรอาชญากรรม**

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีเหตุการณ์ที่ต้องด้วยเงื่อนไขข้างต้นแล้ว ยังมีเงื่อนไขอีกประการหนึ่ง คือ กรณีที่จะทำการดักฟังการกระทำความผิดนั้นต้องเป็นกรณีที่ศาลอาจอนุญาตให้ดักฟังการกระทำความผิดได้ โดยหลังจากที่ได้มีการดักฟังการกระทำความผิดกรณีมีความจำเป็นฉุกเฉินเร่งด่วนเจ้าพนักงานจะต้องขออนุญาตต่อศาลภายใน 48 ชั่วโมง หลังจากเริ่มต้นทำการดักฟัง

(2) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ตามวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี (StPO) กำหนดให้พนักงานอัยการสามารถอนุญาตให้ใช้มาตรการดังกล่าวได้ แต่หากภายใน 3 วัน ไม่ปรากฏคำสั่งอนุมัติจากศาลให้ดักการสื่อสารโทรคมนาคม ให้ถือว่าการอนุญาตของพนักงานอัยการเป็นอันสิ้นสุดลง

ส่วนในกรณีกฎหมายรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ มาตรา 10 (G10) กำหนดให้เป็นอำนาจรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์เป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดให้ใช้มาตรการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการสื่อสารได้ก่อนจะแจ้งเรื่องต่อคณะกรรมาธิการ

เมื่อศึกษาถึงเหตุอันเกิดจากความจำเป็นเร่งด่วนในการใช้มาตรการตามกฎหมายต่างประเทศแล้ว กรณีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศเยอรมนี กำหนดให้พนักงานอัยการสามารถอนุญาตให้ใช้มาตรการดังกล่าวไปก่อนได้ โดยหลังจากที่พนักงานอัยการมีคำสั่งอนุญาตแล้ว จะต้องนำเรื่องขึ้นรายงานต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในกำหนดระยะเวลา 3 วัน โดยหากภายใน 3 วัน ไม่ปรากฏคำสั่งอนุมัติจากศาลให้ใช้มาตรการ กล่าวคือ ศาลไม่เห็นด้วยคำสั่งอนุญาตของพนักงานอัยการแล้ว ก็ให้ถือว่าการอนุญาตของพนักงานอัยการเป็นอันสิ้นสุดลง โดยการให้ศาลได้ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจนี้ย่อมเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้เป็นอย่างดี ถือได้ว่าเป็นแนวทางการแก้ปัญหาการลักลอบใช้มาตรการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตของเจ้าพนักงาน โดยการเพิ่มช่องทางให้เจ้าพนักงานสอบสวนสามารถร้องขอต่อพนักงานอัยการซึ่งรวดเร็วกว่า เพื่อให้เท่าทันต่อการปราบปรามการกระทำความผิดที่มีความซับซ้อนมากขึ้นในปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม เนื่องจากระบบการพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นไทย กำหนดให้การออกหมายอาญากระทำได้ตลอดเวลาไม่มีวันหยุดราชการเสาร์อาทิตย์ โดยผู้พิพากษาเวรสั่ง[254] ดังนั้น กรณีของข้อยกเว้นเพราะเหตุจำเป็นเร่งด่วนหรือเหตุฉุกเฉินอย่างยิ่งที่จะนำมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตมาใช้ก่อนโดยไม่ต้องขออนุญาตจากศาลนั้นอย่างเช่นในกฎหมายต่างประเทศ จึงอาจไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติไว้แต่อย่างใด เพราะศาลสามารถออกคำสั่งอนุญาตให้ใช้มาตรการดังกล่าวได้เองนอกเวลาทำการปกติ โดยที่กฎหมายไม่จำต้องมอบอำนาจในการออกคำสั่งดังกล่าวในกรณีเร่งด่วนให้แก่พนักงานอัยการ

---

[254] ข้อบังคับประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการออกคำสั่งหรือออกหมายอาญา พ.ศ. 2548 เรื่อง การร้องขอให้ออกหมายนอกเวลาทำการปกติ ,ประกอบระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมว่าด้วยการจ่ายเงินค่าตอบแทนการปฏิบัติงานนอกเวลาราชการ พ.ศ.2545.

5.4.4 การทำลายข้อมูลที่ได้จากการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต

การทำลายข้อมูลในเป็นกรณีที่มีความจำเป็นอย่างมาก เนื่องจากข้อมูลที่ได้มาจากการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตนั้นจะมีอยู่หรือคงอยู่ได้เพราะเหตุของความจำเป็นตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น จึงควรมีมาตรการในการทำลายเสียซึ่งข้อมูลเหล่านั้น ทั้งนี้ก็เพื่อลดปัญหาจากการนำข้อมูลไปใช้ในทางที่ผิดของเจ้าพนักงานรัฐในทางต่าง ๆ ในขณะเดียวกันย่อมเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและคุ้มครองความลับของบุคคลที่ต้องถูกละเมิดไปเพราะเหตุตามกฎหมายไม่ให้ต้องถูกกระทบกระเทือนไปโดยไม่มีที่สิ้นสุด โดยกฎหมายต่างประเทศมีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการที่แตกต่างกัน ดังนี้

(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (StPO) ได้บัญญัติถึงการใช้และการเก็บรักษาข้อมูลที่ได้จากการใช้มาตรการดักและบันทึกการสื่อสารโทรคมนาคมไว้ในมาตรา 101 และ 101a StPO โดยมาตรา 101 เป็น “กฎเกณฑ์ในการดำเนินการตามมาตรการที่กระทำโดยลับ” ถือเป็นบทบัญญัติกลางสำหรับการใช้มาตรการทางอาญาที่กระทำโดยลับหลาย ๆ มาตรการด้วยกัน เช่น การค้นออนไลน์ (มาตรา 100b) การแอบฟังในที่รโหฐาน (มาตรา 100c) การแฝงตัว (มาตรา 110a) และรวมถึงมาตรการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมตามมาตรา 100a StPO นี้ด้วย

ขั้นตอนเมื่อมีการใช้มาตรการดักและบันทึกการสื่อสารโทรคมนาคมแล้วนั้น เจ้าพนักงานมีหน้าที่ต้องทำเครื่องหมายแสดงให้เห็นว่าข้อมูลใดเป็นข้อมูลที่ได้มาจากการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคม และแม้ได้มีการส่งต่อข้อมูลเช่นว่านั้นไปยังหน่วยงานอื่นแล้ว การทำเครื่องหมายแสดงข้อมูลก็ให้คงไว้เช่นเดิมต่อไป

ในส่วนข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้มาจากการใช้มาตรการดักการสื่อสารโทรคมนาคมที่ไม่จำเป็นสำหรับการดำเนินคดีอาญาและการตรวจสอบการใช้มาตรการโดยศาลอีกต่อไปแล้ว กฎหมายกำหนดให้ “ลบเสียโดยไม่ชักช้า” โดยการลบจะต้องถูกบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่หากการลบข้อมูลส่วนบุคคลนั้นถูกเลื่อนออกไปเพราะเหตุรอการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้มาตรการโดยศาล ข้อมูลเหล่านี้ย่อมถูกนำกลับมาใช้ได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลแต่อย่างใด

กฎหมายรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ มาตรา 10 (G10) กำหนดให้เอกสารที่ได้มาจากการใช้มาตรการไม่จำเป็นอีกต่อไปแล้วให้ทำลายข้อมูลและเอกสารต่าง ๆ ที่ได้รับมาจากการใช้มาตรการที่

ได้รับอนุมัติ ในกรณีที่ข้อมูลและเอกสารต่าง ๆ ที่ได้มาจากการใช้มาตรการที่ได้รับการอนุมัติเกี่ยวกับการสื่อสารทางไปรษณีย์หรือการสื่อสารทางไกลตามวัตถุประสงค์ที่กล่าวไว้ข้างต้นนี้ไม่มีความจำเป็นจะต้องใช้ประโยชน์อีกต่อไป จะต้องทำลายข้อมูลและเอกสารต่าง ๆ เหล่านี้โดยอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของเจ้าพนักงานของรัฐซึ่งมีคุณสมบัติสำเร็จการศึกษาเป็นนักกฎหมายวิชาชีพ การทำลายดังกล่าวนี้จะต้องมีการบันทึกและลงนามไว้เป็นหลักฐานตามมาตรา 7(4) ของ G10

(2) รัฐบัญญัติเลขที่ 91 – 646 ลงวันที่ 10 กรกฎาคม 1991 ว่าด้วยการคุ้มครองความลับของการสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

(ก) การดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมตามคำสั่งศาล กำหนดให้อัยการสูงสุด หรือพนักงานอัยการควบคุมการ “ทำลาย” สิ่งบันทึกการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเมื่อคดีอาญานั้นหมดอายุความฟ้องร้องแล้วและให้จัดทำบันทึกการทำลายไว้ด้วย

(ข) การดักฟังการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเพื่อการรักษาความมั่นคง นายกรัฐมนตรีต้องควบคุมดูแลให้มีการจัดทำรายงานการดักฟังและบันทึกการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมแต่ละครั้ง รายงานดังกล่าวต้องระบุวันเวลาที่เริ่มดักฟังและวันเวลาที่ยุติการดักฟังไว้ด้วย นอกจากนั้นแล้วนายกรัฐมนตรียังต้องควบคุมดูแลให้มีการ “ทำลาย” สิ่งบันทึกการติดต่อสื่อสารถึงกันทางโทรคมนาคมเสียภายใน 10 วัน นับแต่วันที่ได้ทำการบันทึกเป็นอย่างช้า

จากการศึกษาพบว่า ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2 ไม่ได้กำหนดหลักการในการทำลายข้อมูลไว้ ประเทศไทยควรนำหลักการทำลายข้อมูลดังกล่าวมาบัญญัติว่าในวิธีพิจารณาความอาญาของไทยเรื่องการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความลับของบุคคลที่ต้องถูกละเมิดไป ทั้งนี้ควรกำหนดให้การทำลายข้อมูลนี้อยู่ภายใต้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณาถึงความสำคัญของข้อมูล โดยควรกำหนดระยะเวลาให้ข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้มาจากการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตที่ไม่จำเป็นสำหรับการดำเนินคดีอาญาและการตรวจสอบการใช้มาตรการโดยศาลอีกต่อไปแล้ว กฎหมายกำหนดให้ “ลบเสียโดยไม่ชักช้า” เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความลับของบุคคลที่ต้องถูกละเมิดไปจากการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต

5.4.5 ผลกระทบต่อบุคคลภายนอกเกี่ยวกับการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต

หลักการในการคุ้มครองผลกระทบที่มีต่อบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้มาตรการดักการสื่อสารทางโทรคมนาคมนั้น มีเพียงประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเท่านั้นที่กำหนดบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกไว้ โดยกำหนดว่ามาตรการดักการสื่อสารโทรคมนาคมสามารถใช้ได้กับทั้งผู้ถูกกล่าวหา ผู้ส่งข่าวให้แก่ผู้ถูกกล่าวหา และผู้ที่เป็นเจ้าของระบบการสื่อสารโทรคมนาคม(ผู้ให้บริการ)ที่ผู้ถูกกล่าวหาใช้ ซึ่งการใช้มาตรการดักการสื่อสารทางโทรคมนาคมหลีกเลี่ยงไม่ได้เลยที่จะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะเป็นบุคคลผู้ที่ติดต่อกับผู้ถูกกล่าวหา หรือบุคคลผู้ที่ผู้ถูกกล่าวหาติดต่อไปหา มาตรการนี้ก็สามารถดักการติดต่อสื่อสารโทรคมนาคมได้ทั้งหมด โดยเฉพาะบุคคลประเภทสุดท้ายซึ่งเป็นบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการอย่างมากเนื่องจากบุคคลผู้นี้มักจะไม่เกี่ยวข้องใด ๆ กับการกระทำความผิด กฎหมายได้เพิ่มเติมหลักการนี้เมื่อ ค.ศ.1968 ในวรรคสาม ของมาตรา 100a StPO

หลักการเช่นว่านี้ถือว่าเป็นการบัญญัติกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอย่างแท้จริง เนื่องจากการใช้มาตรการบังคับในการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตนั้น บุคคลผู้ถูกใช้มาตรการดังกล่าวจะไม่มีทางรู้ตัวได้เลยว่าเสรีภาพของเขาในการติดต่อสื่อสาร และสิทธิในความเป็นส่วนตัวได้ถูกละเมิดโดยรัฐ เพราะฉะนั้นรัฐจึงมีหน้าที่ต้องคัดแยกเนื้อหาของข้อมูลเพื่อแล้วแจ้งข้อมูลดังกล่าวกลับไปยังผู้ที่ได้รับผลกระทบทั้งหมด โดยกฎหมายยังกำหนดถึงวิธีการเพิ่มเติมลงไปในเนื้อหาอีกด้วยว่า ข้อมูลที่ได้จากการดักการสื่อสารโทรคมนาคมบางประเภทนั้นแม้จะได้มาพร้อมกับการใช้มาตรการแต่รัฐก็ไม่สามารถจะนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานได้ไม่ว่าจะได้ข้อมูลนี้มาจากบุคคลใดที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการดักและบันทึกการสื่อสารก็ตาม หากเป็นข้อมูลเกี่ยวกับ “แกนกลางของการใช้ชีวิตส่วนตัว” และจะต้องถูกลบไปโดยไม่ชักช้าอีกด้วย ทั้งนี้ ข้อมูลที่เกี่ยวกับแกนกลางของการใช้ชีวิตส่วนตัว (Core area of private living) ได้แก่ ข้อมูลที่ได้จากการสนทนาระหว่างผู้ที่ถูกกระทบสิทธิกับสมาชิกในครอบครัว ผู้ให้คำปรึกษาทางโทรศัพท์ ทนายความ หรือแพทย์ เป็นต้น

การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้มาตรการ หลักการนี้ถือเป็นหลักประกันของหลักฟังความทุกฝ่ายเพื่อให้เกิดความโปร่งใสและตรวจสอบได้ ขั้นตอนคือให้มีการแจ้งกลับไปยังผู้ที่เข้าร่วมการสื่อสารโทรคมนาคมนั้นว่าได้มีการใช้มาตรการดังกล่าว โดยจะต้องแจ้งสิทธิในการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและระยะเวลาในการใช้สิทธิในให้ทราบ ทั้งนี้ก็เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ที่

ถูกกระทบสิทธิสามารถปกป้องตนเองจากการถูกละเมิดสิทธิได้ แต่สิทธิที่จะได้รับการแจ้งนี้ศาลสามารถใช้ดุพินิจโดยอาจพิจารณาว่าบุคคลนั้นถูกละเมิดสิทธิเพียงเล็กน้อยและสันนิษฐานได้ว่าเขาไม่ให้ความสนใจที่จะได้รับการแจ้งกลับศาลก็อาจแจ้งไปหรือไม่ก็ได้ แต่หากเป็นกรณีที่ไม่รู้ตัวผู้เข้าร่วมในการสื่อสารโทรคมนาคมศาลสามารถสั่งให้สอบสวนหาตัวผู้ที่ใช้การสื่อสารโทรคมนาคมนั้นได้หาต้องการจะแจ้งกลับไปยังผู้เข้าร่วมนั้น แต่จะกระทำได้ต่อเมื่อมีความจำเป็นเท่านั้น โดยพิจารณาจากความรุนแรงของการละเมิดสิทธิที่เกิดกับบุคคลนั้นและภาระที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำเช่นนั้นด้วย

ดังนี้ จากการศึกษาเห็นว่าการบัญญัติให้มาตรการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมเป็นมาตรการบังคับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาควรจะได้นำหลักการแจ้งผู้ที่ได้รับผลกระทบต่อการใช้มาตรการได้ทราบถึงสิทธิและเสรีภาพที่ตัวเขาเองนั้นถูกละเมิดเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ที่ถูกกระทบสิทธิสามารถปกป้องตนเองจากการถูกละเมิดสิทธิได้ แต่ทั้งนี้กฎหมายควรกำหนดให้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาว่าการถูกกระทบสิทธินั้นจะเป็นเรื่องเล็กน้อย หรือเป็นเรื่องกรณีจำเป็นต้องแจ้ง เพื่อไม่ให้เป็นการเพิ่มกระบวนพิจารณาคดีในศาลโดยใช่เหตุ

และกฎหมายควรบัญญัติถึงหลักการเมื่อการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตได้ข้อมูลส่วนบุคคลโดยแท้ของบุคคลเข้ามาพร้อมกับการใช้มาตรการนั้น ๆ ด้วยว่า หากข้อมูลที่ได้มาจากการใช้มาตรการนั้นเกี่ยวกับแกนกลางของการใช้ชีวิตส่วนตัว (Core area of private living) ได้แก่ ข้อมูลที่ได้จากการสนทนาระหว่างผู้ที่ถูกกระทบสิทธิกับสมาชิกในครอบครัว ผู้ให้คำปรึกษาทางโทรศัพท์ ทนายความ หรือแพทย์ ข้อมูลเหล่านี้ย่อมจะต้องถูกลบไปโดยไม่ชักช้าเช่นกัน โดยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการได้มาและการลบข้อมูลเหล่านั้นจะต้องถูกบันทึกไว้ เพื่อทำให้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลของการใช้มาตรการฯสามารถเกิดขึ้นได้ ทั้งนี้ หากข้อมูลดังกล่าวขึ้นสู่การพิจารณาของศาลกรณีย่อมไม่สามารถจะนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานได้เช่นกัน เนื่องจากจะเป็นการละเมิดต่อความเป็นส่วนตัวจนเกินขอบเขตที่กฎหมายรับรองให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานที่จะกระทำได้

5.4.6 ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการได้มาโดยมิชอบซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน

ในส่วนของการกำหนดประเภทของฐานความผิดนั้น การกำหนดฐานความผิดที่จะใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตนั้นมีความสำคัญอันถือเป็นองค์ประกอบของเงื่อนไขการใช้มาตรการในกฎหมายต่างประเทศเลยทีเดียว กล่าวคือ หากการะทำความผิดที่เกิดขึ้นไม่เป็นไปตาม

ฐานความผิดที่กฎหมายกำหนดไว้ แม้จะมีเหตุแห่งความสงสัยให้ใช้มาตรการก็ตาม เจ้าพนักงานของรัฐก็ไม่อาจนำมาตรการดักการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตมาใช้บังคับกับกรณีความผิดที่เกิดขึ้นได้ เนื่องจากจะเป็นการใช้อำนาจนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ดังนี้ การที่ประเทศไทยจะมีมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตจึงต้องให้ความสำคัญในการกำหนดฐานความผิดเอาไว้อย่างชัดเจนแน่นอนต่อการยื่นคำร้องขอต่อศาล อีกทั้งเพื่อไม่เป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางในการใช้มาตรการโดยปราศจากขอบเขต และเพื่อไม่ให้การใช้มาตรการส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอย่างมากเกินสมควร

ในกรณีนี้เมื่อศึกษาถึงกฎหมายต่างประเทศแล้วจะพบว่าในกฎหมายต่างประเทศได้มีการกำหนดบทลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้มาตรการบังคับทางอาญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเอาไว้ทั้งที่เป็นโทษทางอาญา และบทลงโทษในเชิงพยานหลักฐานที่ทำให้ข้อมูลที่ได้มาจากการใช้บังคับมาตรการโดยไม่ชอบไม่อาจนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ ดังนี้

(1) ประเทศสหรัฐอเมริกา The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 กฎหมายฉบับนี้กำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ดักฟังการกระทำความผิดโดยไม่ชอบ โดยกำหนดโทษผู้ดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมหรือการเข้าถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยปราศจากอำนาจไว้ใน ประมวลกฎหมายสหรัฐ ภาค 18 มาตรา 2511 (Interception ad Disclosure of Wire, Oral, or Electronic Communications) ซึ่งบุคคลที่ถูกตัดสินว่าละเมิดต่อมาตรา 2511 นี้อาจถูกระวางโทษจำคุก 5 ปี สำหรับความผิดครั้งแรก และในประมวลกฎหมายสหรัฐภาค 18 มาตรา 2701 (Unlawful Access to Stored Communication) ก็ได้กำหนดให้การกระทำเช่นว่านี้มีโทษทางอาญาด้วยเช่นกัน มีข้อสังเกตด้วยว่าในส่วนของการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการดักฟังการกระทำความผิดโดยมิชอบนั้นข้อมูลที่ได้มาจะถูกห้ามมิให้ใช้เป็นพยานหลักฐานในศาล กล่าวคือ ข้อความที่ได้มาจากการสนทนาจะถูกห้ามมิให้ใช้เป็นพยานหลักฐานในศาล เป็นบทตัดพยาน (Exclusionary Rules) และพยานหลักฐานที่ได้มาจากการดังฟังดังกล่าวก็ห้ามรับฟังเป็นพยานหลักฐานด้วยเช่นกัน

(2) ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการได้มาโดยมิชอบซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Strafgesetzbuch – StGB) ลักษณะที่ 15 ว่าด้วยการล่วงละเมิดพื้นที่ในการใช้ชีวิตส่วนตัวและในความลับ มาตรา 201 ถึง 210 โดยความผิดฐานล่วงล้ำความ

เป็นส่วนตัวของคำพูดตามมาตรา 201 ข้อพิจารณาที่สำคัญประการหนึ่งคือ การกระทำความผิดฐานนี้จะเป็นความผิดต่อเมื่อได้กระทำไปโดยไม่ได้รับอนุญาตด้วย โดยถ้อยคำว่า “โดยไม่ได้รับอนุญาต” นี้ไม่ใช่องค์ประกอบความผิดแต่เป็นความผิดกฎหมายของการกระทำความผิดตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญา กล่าวคือ ความยินยอมของผู้ถูกกระทบสิทธิไม่ทำให้การกระทำถึงกับขาดองค์ประกอบความผิดหรือทำให้ผู้กระทำความผิดนี้มีอำนาจกระทำได้โดยไม่เป็นความผิดแต่อย่างใด ดังนั้นในกรณีที่ผู้กระทำมีอำนาจตามกฎหมาย อาทิกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานดักการสื่อสารโทรคมนาคมได้ การกระทำจึงไม่เป็นความผิด

ความรับผิดต่อการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวนั้นตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยยังไม่มีบัญญัติไว้เป็นฐานความผิดโดยตรง[255] กล่าวคือ เป็นฐานความผิดโดยตรงเกี่ยวกับการละเมิดต่อพื้นที่ในการใช้ชีวิตส่วนตัวและในความลับ ซึ่งจากการศึกษาพบว่ากฎหมายต่างประเทศต่างให้ความสำคัญกับเรื่องนี้เป็นอย่างมาก ทั้งนี้ เพื่อให้บทกำหนดโทษฐานละเมิดต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวและเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารได้รับความคุ้มครองสูงสุดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะเมื่อการกระทำโดยมิชอบนั้นเกิดขึ้นโดยเจ้าพนักงานของรัฐเสียเอง เพื่อเป็นการป้องปรามมิให้เจ้าพนักงานใช้ดุลพินิจโดยขาดหลักเกณฑ์ และไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายอีกด้วย

5.4.7 กระบวนการเผยแพร่และจัดทำรายงานสรุปผลการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคม

ในหัวข้อสุดท้ายนี้จะได้กล่าวถึงกระบวนการในการตรวจสอบการทำงานของเจ้าพนักงานของรัฐในการบังคับใช้กฎหมาย โดยการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวต่อสาธารณชนเพื่อให้ทราบถึงรายละเอียดต่าง ๆ ในรอบปีที่มีการบังคับใช้กฎหมาย จำนวนครั้ง และประเภทของวิธีการ โดยศึกษาจากหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศเยอรมนี ดังนี้

ประเทศเยอรมนีกำหนดขั้นตอนสำคัญเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีการเปิดเผยถึงจำนวนการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมและวิธีการ รวมทั้งฐานความผิดที่นำมาตรการ

---

[255] มีข้อสังเกตว่า ปัจจุบันประเทศไทยไม่มีความรับผิดต่อการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวโดยตรง ดังนั้นการกระทำในลักษณะดังกล่าวของเจ้าพนักงานนั้น ย่อมเป็นความผิดทางอาญาตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ,ความรับผิดทางแพ่งตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 และดู **ภาคผนวก ง** ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (ฉบับที่ 21) ประกอบ.

ดังกล่าวมาใช้ โดยให้มลรัฐและอัยการสูงสุดแห่งสหพันธรัฐต้องรายงานเกี่ยวกับการใช้มาตรการตามมาตรา 100a (StPO) ของหน่วยงานหรือในความรับผิดชอบของตน รายงานต่อสำนักงานกระทรวงยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐในทุกปีปฏิทินในแต่ละปี จนถึงวันที่ 30 มิถุนายนของปีถัดจากปีที่รายงาน โดยกฎหมายกำหนดให้สำนักงานกระทรวงยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐจัดทำบทสรุปของการใช้มาตรการตามคำสั่งดังกล่าวทั่วทั้งสหพันธรัฐในปีที่จัดทำรายงานและเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวนี้บนอินเทอร์เน็ต[256]

กฎหมายยังกำหนดถึงรายละเอียดด้วยว่า รายงานนี้จะต้องระบุถึง จำนวนขั้นตอนและวิธีการในการใช้มาตรการดังฟังการสื่อสารโทรคมนาคมตามมาตรา 100a (StPO) จำนวนคำสั่งในการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคม โดยต้องแยกระหว่าง ก) คำสั่งแรกและคำสั่งที่มีการขยายระยะเวลา และ ข) การสื่อสารทางโทรศัพท์ โทรศัพท์เคลื่อนที่ และบนอินเทอร์เน็ต และในประการสุดท้าย รายงานจะต้องระบุถึงการกระทำความผิดอาญาพื้นฐานในแต่ละกรณี ตามรายการที่ระบุไว้ในมาตรา มาตรา 100a (2)(StPO) อีกด้วย[257]

กระบวนเช่นว่านี้มีบัญญัติไว้แต่ในเฉพาะประเทศเยอรมนี โดยเมื่อศึกษาถึงกฎหมายไทยทั้งตามพระราชบัญญัติและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาต่างไม่มีหลักการเช่นว่านี้บัญญัติไว้ ดังนั้น หลักการนี้ควรนำมาใช้เพื่อแก้ปัญหาการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตของประเทศไทย ก็จะส่งผลทำให้การใช้มาตรการดังกล่าวเป็นไปอย่างเปิดเผย โดยควรกำหนดหลักการนี้ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยบัญญัติให้ “มีการเปิดเผยถึงจำนวนการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมและวิธีการ รวมทั้งฐานความผิดที่นำมาตรการดังกล่าวมาใช้ โดยให้อัยการสูงสุดต้องรายงานเกี่ยวกับการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตของหน่วยงานหรือในความรับผิดชอบของตน รายงานต่อกระทรวงยุติธรรม ในทุกปีปฏิทินในแต่ละปี จนถึงวันที่ 30 กันยายนของปีถัดจากปีที่รายงาน”

โดยบทบัญญัตินี้ควรกำหนดให้กระทรวงยุติธรรมจัดทำบทสรุปของการใช้มาตรการตามคำสั่งดังกล่าวทั่วทั้งประเทศในปีที่จัดทำรายงานและเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวนี้บนอินเทอร์เน็ต เพื่อให้ประชาชนทั่วไปได้ทราบ เนื่องจากกระทรวงยุติธรรมเป็นหน่วยงานบริหารราชการที่สำคัญและมีหน้าที่ประสานงานเกี่ยวกับข้อมูลและความร่วมมือกับหน่วยงานบริหารต่าง ๆ ทุกภาคส่วนในการ

---

[256] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100b (5) (StPO).

[257] วิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี § 100b (6) (StPO).

บริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศ[258] ทั้งนี้ ผลที่ได้จากกระบวนการนี้คือ ทำให้เจ้าพนักงานที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการต้องมีการกลั่นกรองเหตุที่จะร้องขอใช้มาตรการอย่างรอบคอบ อีกทั้งย่อมส่งผลให้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลต่อการใช้มาตรการได้รับความคุ้มครองตรวจสอบถึงการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าพนักงานภายหลังการปฏิบัติหน้าที่ไปแล้วอีกด้วย

[258] **วิสัยทัศน์กระทรวงยุติธรรม** ในปี พ.ศ. 2555 "กระทรวงยุติธรรมเป็นองค์กรหลักของกระบวนการยุติธรรม ในการอำนวยความยุติธรรม คุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน ป้องกันและควบคุมอาชญากรรม บำบัดแก้ไขฟื้นฟูและสงเคราะห์ผู้กระทำผิด สนับสนุนการแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ รวมทั้ง เป็นศูนย์กลางในการพัฒนาระบบงานยุติธรรมและกฎหมายอย่างมีเอกภาพ ทันต่อสภาวการณ์และเป็นมาตรฐานสากล ด้วยการบริหารจัดการที่เป็นเลิศ โปร่งใสและตรวจสอบได้ โดยยึดหลักความร่วมมือกับองค์กรต่างๆ ในสังคมและการมีส่วน".

บทที่ 6

บทสรุป และข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตถือว่าเป็นมาตรการบังคับทางอาญา (Compulsory Measures) อย่างหนึ่ง เช่นเดียวกับมาตรการบังคับทางอาญาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น การจับ การค้น ซึ่งกฎหมายถือว่ามาตรการบังคับเช่นนี้เป็นเครื่องมือสำคัญของเจ้าพนักงานและศาลตามหลักการในการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (Public Prosecution) ที่รัฐจำเป็นต้องนำมาตรการบังคับทางอาญาเช่นว่านี้มาใช้รวบรวมพยานหลักฐานในการค้นหาความจริงในเนื้อหา มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตจึงมีส่วนสำคัญต่อการป้องกันอาชญากรรม ทั้งยังช่วยให้เจ้าพนักงานมีหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของจำเลยในชั้นพิจารณาพิพากษาคดี

เนื่องจากมาตรการบังคับทางอาญาถือเป็นสิ่งบ่งชี้ให้เห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นเป็นกฎหมายที่ดีหรือไม่ประการหนึ่ง กล่าวคือ

ในประการแรก การใช้มาตรการบังคับทางอาญาในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นต้องมีความเป็นเสรีนิยม โดยพิจารณาจากความยากง่ายของการที่เจ้าพนักงานของรัฐจะใช้มาตรการบังคับทางอาญาต่อบุคคลในสังคมนั้นว่ามีขั้นตอนและเงื่อนไขที่เคร่งครัดรัดกุมและคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลมากน้อยเท่าใด โดยพิจารณาได้จากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของรัฐเคารพต่อหลักนิติรัฐ (principle of legal state) มากหรือน้อยเพียงใด ดังนั้น การที่จะทำให้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีความเป็นเสรีนิยมไปพร้อมกับมีประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดไปพร้อมกับการเคารพต่อหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลแล้ว องค์กรนิติบัญญัติต้องดำเนินการตรากฎหมายให้สอดคล้องกับเงื่อนไขในการตรากฎหมาย[259] ซึ่งถือเป็นกระบวนการเริ่มแรกหรือต้นทางที่สำคัญ

---

[259] **โปรดดู** บทที่ 5 หัวข้อ 5.1 เงื่อนไขในการตรากฎหมายโดยองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งมีองค์ประกอบ 4 ประการ (น.121-122).

อีกประการหนึ่งกฎหมายใดที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้นั้น กฎหมายนั้นจะต้องถูกตราขึ้นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ได้แก่ องค์กรนิติบัญญัติ (สภาผู้แทนราษฎร) โดยการจำกัดสิทธิเสรีภาพก็ต้องเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) กล่าวคือ กฎหมายนั้นต้องมีขึ้นเพื่อคุ้มครองและรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้

และประการสุดท้าย การจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นต้องทำเท่าที่จำเป็นตาม หลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) กล่าวคือ กฎหมายนั้น ๆ ต้องรักษาสมดุลระหว่างการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด การทำให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม ไปพร้อมกับการให้ความคุ้มครองต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อีกนัยหนึ่ง เมื่อมาตรการบังคับมีความรุนแรงมากยิ่งขึ้นเท่าใดในการละเมิดต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลในการติดต่อสื่อสารถึงกันแล้ว เงื่อนไขหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการบังคับใช้กฎหมายก็จะต้องมีความเข้มข้นขึ้นตามไปด้วย

ดังนั้น ปัญหาของมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตของประเทศไทยที่มีในปัจจุบัน ในประการแรกนั้นที่ผ่านมาประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติโดยตรงที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานในการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต ส่งผลให้การกระทำของเจ้าพนักงานในการใช้มาตรการนี้เป็นไปโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย ตามหลัก ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ หรือเรียกอีกอย่างว่า หลักกฎหมายเป็นเงื่อนไขของอำนาจ ซึ่งถือว่าเป็นหลักการที่ใช้คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตดังกล่าวเป็นมาตรการที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) และเสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร เมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานไว้ ผลที่ตามมาคือ พยานหลักฐานที่ได้มาจากการบังคับใช้มาตรการย่อมไม่อาจรับฟังเพื่อพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของจำเลยได้ และหากเจ้าพนักงานกระทำการใช้บังคับตามมาตรการที่ไม่มีกฎหมายรองรับแล้ว การกระทำของเจ้าพนักงานของรัฐนั้นย่อมมีความผิดเป็นการส่วนตัวทั้งทางแพ่งและทางอาญา

ปัญหาในทางกฎหมายที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ กฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตที่มีอยู่ในประเทศไทยนั้น ก็มีเพียงกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายให้กระทำได้ในรูปแบบการดักฟังหรือดักรับข้อมูลการสื่อสารโทรคมนาคมเป็นการทั่ว ๆ ไปเท่านั้น โดยมีรูปแบบของกฎหมายที่ให้เจ้าพนักงานรัฐใช้อำนาจได้ตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ ซึ่งบทบัญญัติเหล่านี้ล้วนแต่มีลักษณะเป็นเพียง บทกฎหมายเฉพาะ (Jus special)

ข้อเสียคือไม่อาจนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ในทุกกรณี เพราะขอบเขตในการบังคับใช้กฎหมายแต่ละฉบับที่มีความแตกต่างกันไป กล่าวคือ พระราชบัญญัติแต่ละฉบับที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการดักฟังหรือดักรับข้อมูลบุคคลในการสื่อสารโทรคมนาคมนี้มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นเป็นกรณีเฉพาะของตนเองไป โดยไม่มีพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศไทยฉบับใดเลยที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานในการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตไว้โดยตรง ซึ่งในทางสากลแล้วหลักการเรื่องการดักฟังการสื่อสารทางโทรคมนาคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตนั้น กฎหมายจะได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีฐานะเป็น บทบัญญัติทั่วไป (Jus generale) อาทิ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนำหลักการต่าง ๆ ที่สำคัญเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางอาญาซึ่งการบังคับใช้มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกี่ยวกับการดักฟังการสื่อสารทางโทรคมนาคมซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมให้เจ้าพนักงานมีอำนาจดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตมาบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อให้หลักเกณฑ์ที่สำคัญในการบังคับใช้กฎหมาย และเพื่อให้แนวทางปฏิบัติและการตีความของศาลที่เกี่ยวข้องกันนั้นได้รับการตีความ การวางแนวทางไปด้วยกันอย่างมีเอกภาพ

โดยในประเทศไทยโดยสำนักงานตำรวจแห่งชาติได้มีความพยายามที่จะนำหลักการดักฟังหรือดักรับข้อมูลในการติดต่อสื่อสารถึงกันมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเช่นกันตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... มาตรา 131/2[260] แต่ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวนั้นกระทำไปโดยขาดหลักวิชา และไม่เป็นไปตามหลักของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ดีหลายประการดังนี้

1.ฐานความผิดของการใช้มาตรการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งตามหลักสากลเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จะบัญญัติเป็นฐานความผิดแยกเป็นรายมาตรา โดยร่างกฎหมายดังกล่าวกำหนดประเภทคดีที่จะนำมาตรการมาใช้ไว้เพียงว่า คดีความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ ความผิดที่มีลักษณะยุ่งยากซับซ้อน ถึงย่อมเป็นการยากที่จะบอกได้ว่าแค่ไหนเพียงไรจึงจะถือว่า เป็นคดีที่ยุ่งยากซับซ้อน

2.ขาดการกลั่นกรองการใช้ดุลพินิจในการใช้มาตรการบังคับทางอาญาที่ดี เพราะอำนาจสอบสวนฟ้องร้องนั้นแท้จริงแล้วเป็นอำนาจเดียวกันไม่อาจที่จะแบ่งแยก ตามหลักการตรวจสอบ

---

[260] **โปรดดู** ภาคผนวก ก. ประกอบ.

ภายนอก (Accountability) โดยองค์กรภายนอก โดยมีพนักงานอัยการเป็นผู้ควบคุมรับผิดชอบในการใช้อำนาจบริหารนี้ทั้งหมดอย่างเช่นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีใช้ระบบอัยการที่สมบูรณ์ ทำให้หากพนักงานสอบสวนต้องการยื่นคำร้องขอใช้มาตรการบังคับแล้ว ก็จะต้องผ่านความเห็นชอบของพนักงานอัยการเสียก่อน แต่ร่างกฎหมายนี้กำหนดให้ผู้มีอำนาจยื่นคำร้องขอใช้มาตรการบังคับเป็นอำนาจของพนักงานสอบสวนเป็นผู้รับผิดชอบเท่านั้น

3.ไม่มีหลักการของการทำลายข้อมูลที่ได้มาจากการใช้มาตรการ ส่งผลให้ไม่อาจคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ต้องเสียไปให้ระงับสิ้นสุดลงได้ ซึ่งในต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ต่างก็กำหนดไว้เช่นเดียวกันว่ากฎหมายจะต้องมีหลักการในการทำลายข้อมูลที่ได้มาจากการใช้มาตรการ

4.ไม่มีการกำหนดว่าหากมีการใช้มาตรการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว เจ้าพนักงานของรัฐจะต้องมีความรับผิดทางอาญาหรือทางแพ่งอย่างไร ในต่างประเทศ เช่นประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กำหนดฐานความผิดที่มีโทษทางอาญาไว้โดยเฉพาะ เพื่อป้องกันเจ้าพนักงานใช้ดุลพินิจในการบังคับใช้มาตรการนี้ไปอย่างขาดหลักการ

5.ขาดกระบวนการเผยแพร่และจัดทำรายงานสรุปการใช้มาตรการ เพื่อเปิดเผยข้อมูลที่มีการใช้มาตรการบังคับนี้ต่อสาธารณชนเพื่อให้ประชาชนได้ทราบถึงรายละเอียดต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการ ตามหลักความโปร่งใส (Transparency) ซึ่งประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้กำหนดหลักการเช่นว่านี้ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยเรื่องการดักฟังการสื่อสารทางโทรคมนาคม โดยถือว่าเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการใช้บังคับมาตรการนี้เลยทีเดียว

6.ไม่มีการกำหนดการสิ้นสุดของการใช้มาตรการไว้ว่า เมื่อหากเงื่อนไขความจำเป็นของการบังคับใช้มาตรการหมดไปแล้ว เจ้าพนักงานจะต้องทำอย่างไร ในต่างประเทศ เช่นประเทศอเมริกาและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กำหนดไว้คล้ายคลึงกันให้ว่าหากเงื่อนไขของการใช้มาตรการหมดไปแล้วก็จะต้องให้การใช้มาตรการสิ้นสุดโดยไม่ชักช้า

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเปรียบเทียบถึงหลักการของกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับเรื่องการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตกับกฎหมายที่เกี่ยวกับการกำหนดให้รัฐเข้าถึง หรือได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันของประเทศไทยแล้วพบว่า พระราชบัญญัติที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานต่าง ๆ ไม่ครอบคลุมถึงการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต อีกทั้งร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้เสนอก็ยังขาดหลักวิชา รวมทั้งมีช่องว่างทางกฎหมายมากมาย ซึ่งส่งผลให้กฎหมายดังกล่าวนอกจากจะไม่สามารถป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดในกรณีที่มีการสื่อสารถึงกันทางอินเทอร์เน็ตซึ่งมีการเข้าถึงข้อมูลได้ยากยิ่งแล้ว ยังจะทำให้เกิดจากละเมิดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวของประชาชนและเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันของบุคคลอีกด้วย ดังนั้น ในหัวข้อนี้จะได้วางหลักการของกฎหมายต่างประเทศ รวมทั้งเสนอแนะถึงการนำหลักกฎหมายต่างประเทศเหล่านั้นมาสร้างหลักกฎหมายเรื่องมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตที่มีความเป็นภาวะวิสัย (Objectivity) เพื่อให้เกิดสมดุลระหว่างการป้องกันและปราบปรามการก่ออาชญากรรมในรูปแบบที่มีความซับซ้อนอันเนื่องมาจากการที่ผู้กระทำความผิดใช้ช่องทางในการติดต่อสื่อสารกันที่รัฐไม่อาจเข้าถึงได้ด้วยวิธีการตามปกติ ไปพร้อมกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่กฎหมายรัฐธรรมนูญได้รับรองคุ้มครองไว้ ดังนี้

1.เงื่อนไขการขอใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต กฎหมายต่างประเทศนั้นมีแนวทางที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดว่าหากจะใช้มาตรการจะต้องมีเหตุผลตามสมควรว่าวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานในรูปแบบอื่นเคยใช้แล้ว แต่ไม่สามารถใช้ได้ หรือมีแนวโน้มที่ไม่สามารถใช้ได้หรืออันตรายเกินไป ส่วนประเทศเยอรมนีนั้นกำหนดรายละเอียดในระดับความสงสัยเบื้องต้นในการข้อใช้มาตรการด้วยว่า การที่เจ้าพนักงานจะขอใช้มาตรการได้ ต้องปรากฏความสงสัยว่ามีการกระทำความความผิดอาญาเกิดขึ้น (Initial suspicion) และการสอบสวนไม่อาจทำได้โดยไม่ใช้มาตรการ หรืออาจทำได้โดยยากลำบาก

ซึ่งแนวทางประเทศไทยตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2 ดังกล่าวคล้ายคลึงกับประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ทั้งนี้เพื่อให้การขอใช้มาตรการของเจ้าพนักงานสามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่เกี่ยวข้องได้มากขึ้นในการใช้มาตรการดักฟัง

การสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต กฎหมายควรกำหนดด้วยว่านอกจากไม่สามารถรวบรวมพยานหลักฐานได้โดยวิธีการตามปกติแล้ว “ต้องปรากฏความสงสัยว่ามีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น” ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลได้พิจารณาถึงมูลเหตุที่แท้จริงในการขอใช้มาตรการ

2.ฐานความผิดในการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต กฎหมายต่างประเทศกำหนดแนวทางไว้เป็น 2 แนวทางด้วยกัน กล่าวคือ ประเทศฝรั่งเศสกำหนดไว้ในลักษณะการแบ่งประเภทความผิดโทษอาศัยโทษเป็นตัวกำหนด ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมนีนั้นการจะใช้มาตรการได้จะต้องเป็นฐานความผิดตามที่ระบุไว้ในกฎหมาย ทั้งนี้ก็เพื่อให้เงื่อนไขในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวมีความแน่นอน เพื่อให้ศาลสามารถพิเคราะห์ถึงความร้ายแรงของการกระทำความผิด กับความเข้มข้นของมาตรการที่เจ้าพนักงานจะบังคับใช้มาตรการต่อบุคคล

ประเทศไทยร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2 กำหนดฐานความผิดไว้กว้าง ๆ ในการขอใช้มาตรการเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ความผิดที่มีลักษณะที่มีความยุ่งยากซับซ้อน หรือเป็นองค์กรอาชญากรรม ซึ่งย่อมเป็นการยากที่จะจำกัดขอบเขตของฐานความผิดที่จะนำมาตรการมาใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ประเทศไทยจึงควรบัญญัติให้การที่เจ้าพนักงานจะขอใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตได้นั้น กฎหมายควรระบุฐานความเป็นเป็นรายมาตราไว้ในกฎหมาย โดยคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งฐานความผิดต่าง ๆ ที่จะต้องเป็นความผิดที่กระทบต่อความมั่นคง หรือสังคมโดยส่วนรวมอย่างมากในวงกว้าง เพื่อเกิดความชัดเจนแน่นอนในเงื่อนไขของบทบัญญัติ และลดการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางของเจ้าพนักงาน เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ได้รับผลกระทบ

ทั้งนี้ ควรพิจารณาถึงกฎหมายพิเศษต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการให้อำนาจเจ้าพนักงานในการดักฟังหรือดักรับข้อมูลการกระทำความผิดหรือต่อการติดต่อสื่อสารตามพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษที่มีอยู่ในปัจจุบัน เช่น ความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติดฯ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินฯ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ฯ ฯลฯ เข้ารวมไว้ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในรูปของ**บัญชีแนบท้าย**ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อให้มาตรการบังคับทางอาญานี้เป็นหลักเกณฑ์กลางในการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตที่ครอบคลุมข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แห่งคดีอย่างแท้จริง

3.การดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตเป็นมาตรการบังคับทางอาญาที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่เกี่ยวข้องอย่างมาก ดังนั้น กฎหมายจะต้องกำหนดระยะเวลาในการใช้มาตรการไว้ให้มีความชัดเจนและแน่นอนในกรอบระยะเวลาที่จะใช้มาตรการ ทั้งนี้จะต้องมีระยะสูงสุดในการบังคับใช้มาตรการไว้ด้วย โดยร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2 กำหนดให้ใช้มาตรการได้คราวละไม่เกินสิบห้าวัน ไม่เกินสี่คราว ขยายได้แต่ไม่เกินเก้าสิบวัน ดังนี้ ประเทศไทยควรกำหนด **หลัก** ว่า ให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตในการใช้มาตรการนี้เพียงเท่าที่จำเป็นในการแสวงหาพยานหลักฐานเท่านั้น แต่ไม่เกินกว่า 15 วัน โดยกำหนดให้การขอขยายระยะเวลาเป็น**ข้อยกเว้น**ว่า การขอขยายระยะเวลาต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาถึงเหตุผลและความจำเป็นในการใช้มาตรการเป็นรายครั้ง โดยขยายได้ครั้งละไม่เกิน 15 วัน ทั้งนี้รวมแล้วสูงสุดต้องไม่เกินกว่า 90 วัน อันเป็นระยะเวลาที่เป็นไปตามหลักสากลของกฎหมายต่างประเทศ

4.กฎหมายควรกำหนดถึงการยกเลิกหรือการสิ้นสุดในการใช้มาตรการไว้ด้วย เช่นเดียวกับประเทศเยอรมนี และประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่อาจต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการให้หลุดพ้นจากมาตรการดังกล่าวไปโดยเร็วที่สุด โดยควรบัญญัติว่า หากเงื่อนไขในการออกคำสั่งอนุญาตให้ใช้มาตรการหมดสิ้นไป ให้มาตรการนั้นสิ้นสุดลงโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ กฎหมายควรกำหนดให้เจ้าพนักงานแจ้งเหตุแห่งการสิ้นสุดไปยังศาลที่อนุญาตให้ใช้มาตรการโดยทันที

5.ประเทศไทยควรกำหนดให้ผู้มีอำนาจยื่นคำร้องขอต่อศาลในการขอใช้มาตรการเป็นอำนาจของ “พนักงานอัยการที่มีเขตอำนาจ” เนื่องจากการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตเป็นมาตรการบังคับทางอาญาที่ละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลเนื่องจากการใช้มาตรการบังคับเช่นว่านี้เป็นการกระทำโดยลับ ผู้เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการดังกล่าวไม่อาจทราบได้เลยว่าตนเองกำลังถูกใช้มาตรการโดยเจ้าพนักงานอยู่ ดังนั้น การให้อำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดแก่เจ้าพนักงานตำรวจหรือพนักงานสอบสวนแต่เพียงฝ่ายเดียวให้มีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายอาจทำให้เกิดการใช้อำนาจโดยไม่ชอบขึ้นได้ โดยประเทศสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมนี ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบอัยการที่สมบูรณ์ จึงได้กำหนดให้ผู้มีอำนาจยื่นคำขอใช้มาตรการจะกระทำโดยผ่านความเห็นชอบของพนักงานอัยการ คือ ให้เป็นอำนาจของพนักงานอัยการเป็นผู้ยื่นคำร้องขอใช้มาตรการ ไม่ว่าในการ

สอบสวนเบื้องต้นนั้นเป็นกระทำโดยพนักงานสอบสวนใดก็ตาม เพื่อให้เกิด การตรวจสอบภายนอก (Accountability) โดยองค์กรอัยการ เพื่อถ่วงดุลการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานฝ่ายสืบสวนสอบสวน ทั้งนี้เพราะอำนาจสอบสวนฟ้องร้องนั้นแท้จริงแล้วไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันได้ พนักงานอัยการมีสถานะเป็นผู้รับผิดชอบในการสอบสวนฟ้องร้องทั้งหมด เจ้าพนักงานตำรวจเป็นเพียง เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ช่วยเหลืออัยการ (Public prosecutor's assistant officer) ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักสากล

6.ตามหลักการของการบังคับใช้มาตรการบังคับทางอาญา (Compulsory Measures) ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายต่างประเทศรวมทั้งพระราชบัญญัติต่าง ๆ และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2 ของไทยต่างกำหนดให้ผู้มีอำนาจอนุญาตให้ใช้มาตรการคือ ศาล ซึ่งถือว่าเป็นองค์ที่มีความเป็นอิสระแยกต่างหากจากฝ่ายบริหารสามารถพิจารณาโดยใช้ดุลพินิจในการอนุมัติให้ใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตได้ แต่มีข้อสังเกตว่า ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2 กำหนดให้เป็นอำนาจของอธิบดีผู้พิพากษา กับผู้พิพากษาหัวหน้าศาล ซึ่งการกำหนดไว้เช่นนี้สะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดเรื่องตัวบุคคลในการใช้อำนาจตุลาการ กฎหมายควรจะกำหนดให้อำนาจดังกล่าวเป็นไปตามหลักการเช่นเดียวกับการออกหมายอาญาตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรมจึงจะถูกต้องมากกว่า เนื่องจากคำสั่งอนุญาตให้ใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตนั้นเป็นการอนุญาตให้ใช้หมายอาญาอันเป็นมาตรการบังคับทางอาญานั่นเอง

7.ข้อยกเว้นอำนาจอนุญาตให้ใช้มาตรการ จากการศึกษาพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมนี กำหนดให้หากมีพฤติการณ์ฉุกเฉิน หรือมีความจำเป็นเร่งด่วนในการจะต้องใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตแล้ว กฎหมายอนุญาตให้เป็นอำนาจของพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการที่จะอนุญาตให้ใช้มาตรการไปก่อน เพื่อขอคำสั่งศาลในภายหลังได้

แต่เนื่องจากประเทศไทยมีระบบการบริหารจัดการคดีโดยสำนักงานศาลยุติธรรมได้กำหนดให้มี ผู้พิพากษาเวรสั่ง ที่สามารถออกหมายอาญาได้ตลอดเวลาโดยไม่มีวันหยุดราชการเสาร์อาทิตย์ดังเช่นในต่างประเทศ ดังนั้น ข้อยกเว้นเพราะเหตุจำเป็นเร่งด่วนหรือเหตุฉุกเฉินอย่างยิ่งที่จะนำมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตมาใช้ก่อนโดยไม่ต้องขออนุญาตจากศาลนั้นอย่างเช่นในกฎหมายต่างประเทศ จึงอาจไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติไว้แต่อย่างใด

8.บทบัญญัติว่าด้วยการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตของประเทศไทยควรกำหนดให้มีการทำลายข้อมูลที่ได้มาจากการใช้มาตรการด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากข้อมูลที่เป็นเนื้อหาของข้อมูลโดยแท้นั้นเป็น ข้อมูลส่วนบุคคล ที่มีลักษณะเป็นแกนกลางของการใช้ชีวิตส่วนตัว ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศเยอรมนีกำหนดให้ ข้อมูลที่ไม่มีความจำเป็นสำหรับดำเนินคดีอาญาไม่ว่าจะเป็นข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ ต้องได้รับการตรวจสอบโดยศาล และให้ศาลมีคำสั่งให้ลบเสียโดยไม่ชักช้า อีกทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้กำหนดให้ข้อมูลที่ได้จากการใช้มาตรการจะเก็บไว้ได้เพียง 10 ปี ดังนี้ กฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตควรกำหนดว่า หากข้อมูลที่ได้มาจากการใช้มาตรการนั้นเป็นข้อมูลส่วนบุคคลและศาลได้พิจารณาแล้วว่าไม่มีความจำเป็นสำหรับใช้ดำเนินคดีอาญา ให้ศาลมีคำสั่งให้ลบข้อมูลนั้นเสียโดยทันที

9.กฎหมายควรกำหนดให้ความคุ้มครองผลกระทบที่มีต่อบุคคลภายนอกที่ต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต โดยหลักการเช่นว่านี้เป็นหลักการประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนีบัญญัติไว้เพื่อให้มีการแจ้งผู้ที่ได้รับผลกระทบต่อการใช้มาตรการให้ทราบถึงสิทธิและเสรีภาพของตนที่ถูกละเมิดไป และเปิดโอกาสให้บุคคลเหล่านี้สามารถปกป้องตนเองจากการถูกละเมิดสิทธินั้นได้ เช่นเดียวกับหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ให้ศาลมีอำนาจพิจารณาถึงข้อโต้แย้งของผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งอนุญาตให้มีการใช้มาตรการโดยบทบัญญัติของประเทศไทยควรกำหนดว่า ให้มีการแจ้งต่อศาลว่าการใช้มาตรการทำให้มีผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการ เพื่อให้ทราบถึงสิทธิของตนนั้นถูกกระทบจากการใช้มาตรการ และให้บุคคลเช่นว่านี้อาจโต้แย้งปกป้องสิทธิของตนต่อศาล โดยให้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาว่าการถูกกระทบสิทธินั้นเป็นเรื่องเล็กน้อย หรือเป็นกรณีจำเป็นที่จะต้องแจ้งเรื่องดังกล่าวต่อบุคคลภายนอก เพื่อไม่เป็นการเพิ่มกระบวนการพิจารณาคดีในศาลโดยใช่เหตุ

อีกทั้งควรบัญญัติถึงการคุ้มครองต่อข้อมูลที่ได้จากการดักการสื่อสารโทรคมนาคมบางประเภทที่ได้มาพร้อมกับการใช้มาตรการแต่รัฐก็ไม่สามารถจะนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานได้ไม่ว่าจะได้ข้อมูลนี้มาจากบุคคลใดที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการดักและบันทึกการสื่อสารก็ตาม หากเป็นข้อมูลเกี่ยวกับ “แกนกลางของการใช้ชีวิตส่วนตัว” และจะต้องถูกลบไปโดยไม่ชักช้าอีกด้วย ทั้งนี้

ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการได้มาและการลบข้อมูลเหล่านั้นจะต้องถูกบันทึกไว้ เพื่อทำให้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลของการใช้มาตรการฯสามารถเกิดขึ้นได้ในภายหลัง

10.ควรกำหนดความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการได้มาโดยไม่ชอบซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน จากการกระทำในการใช้มาตรการที่ปราศจากอำนาจ โดยประเทศเยอรมนีกำหนดให้มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี ตามมาตรา 201 ถึง 219 StGB ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้กำหนดว่าเป็นมีความผิดและมีโทษทางอาญาทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ อีกทั้งยังกำหนดให้ผู้ได้รับผลกระทบเรียกร้องค่าเสียหายในทางแพ่ง อันเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damanges) ได้อีกด้วย หากประเทศไทยประสงค์จะบัญญัติถึงมาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตแล้ว ควรต้องกำหนดความรับผิดทางอาญาโดยบัญญัติฐานความผิดโดยตรงเกี่ยวกับการละเมิดต่อพื้นที่ในการใช้ชีวิตส่วนตัวและในความลับโดยเฉพาะ เพื่อให้บทบัญญัตินี้ช่วยในการป้องปรามมิให้เจ้าพนักงานใช้ดุลพินิจโดยขาดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมาย

11.ควรกำหนดให้มีกระบวนการเผยแพร่และจัดทำรายงานสรุปผลการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางโทรคมนาคม โดยบัญญัติให้ “มีการเปิดเผยถึงจำนวนการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารโทรคมนาคมและวิธีการ รวมทั้งฐานความผิดที่นำมาตรการดังกล่าวมาใช้ โดยให้อัยการสูงสุดต้องรายงานเกี่ยวกับการใช้มาตรการดักฟังการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตของหน่วยงานหรือในความรับผิดชอบของตน รายงานต่อกระทรวงยุติธรรม ในทุกปีปฏิทินในแต่ละปี จนถึงวันที่ 30 กันยายนของปีถัดจากปีที่รายงาน” โดยกฎหมายกำหนดให้กระทรวงยุติธรรมจัดทำบทสรุปของการใช้มาตรการตามคำสั่งดังกล่าวทั่วทั้งประเทศในปีที่จัดทำรายงานและเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวนี้บนอินเทอร์เน็ต เพื่อให้ประชาชนทั่วไปได้ทราบ และต้องทำให้กระบวนการเข้าถึงนั้นเปิดเผย ทั้งนี้ เพื่อสร้างความน่าเชื่อถือในการบังคับใช้กฎหมายของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยให้เกิดความโปร่งใส ซึ่งกระบวนการเช่นว่านี้มีเพียงประเทศกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศเยอรมนีเท่านั้นที่ได้บัญญัติเป็นกฎหมายไว้

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

กุลพล พลวัน. (2547). สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก, กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติธรรม.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2556). หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ, กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2553). คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา. (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพมหานคร:หกจ.สำนักพิมพ์พลสยามพริ้นติ้ง(ประเทศไทย).

คณิต ณ นคร. (2555). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน.

_____. (2556). ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หลักกฎหมาย และพื้นฐานการเข้าใจ. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน.

_____. (2548). นิติกรรมอำพรางในนิติศาสตร์ไทย. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน.

คนึง ฦๅไชย. (2543). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพมหานคร:บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด.

จรัญ ภักดีธนากุล. (2554). กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพมหานคร:สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

จรัญ โฆษณานันท์. (2556). สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติธรรม.

จิรนิติ หะวานนท์. (2546). สิทธิทางวิธีพิจารณาความอาญาตามรัฐธรรมนูญ. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2558). กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน.

ชาติ ชัยเดชสุริยะ. (2549). มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา. กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์เดือนตุลา.

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, ทวีศักดิ์ กออนันตกูล และสุรางคณา แก้วจำนง. (2544). คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544. กรุงเทพมหานคร:สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ.

ณรงค์ ใจหาญ. (2556). หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

_____. (2556). หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

ธานี วรภัทร์. (2558). หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตามแนวคิดของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน.

_____. (2557). หลักกฎหมายมาตรการบังคับทางอาญา. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน.

บรรเจิด สิงคะเนติ. (2558). หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่, (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน.

_____. (2560). หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติรัฐ/นิติธรรม ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน.

_____. นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์ ,เรวดี ขวัญทองยิ้ม. (2554). ปัญหาและมาตรการทางกฎหมายในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัว(Right to privacy). กรุงเทพมหานคร:สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.

ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526), กฎหมายแพ่ง:หลักทั่วไป, (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร:ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์.

พรเพชร วิชิตชลชัย. (2552). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร:สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง:หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน.

_____. (2557). คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน.

สมยศ เชื้อไทย. (2549). คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง:หลักทั่วไป ความรู้กฎหมายทั่วไป. (พิมพ์ครั้งที่ 13). กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน.

_____. (2555). หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน.

สัญญา ธรรมศักดิ์. (2530). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1-7 มาตรา 1-267 (ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมโดยประภาศน์ อวยชัย). กรุงเทพมหานคร:เนติบัณฑิตยสภา.

สุวัณชัย ใจหาญ. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2 มาตรา 77 ถึง 156. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มิตรสยาม.

โสภณ รัตนากร. (2549). คำอธิบายพยานหลักฐาน (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติบรรณการ.

สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด. (2540). สารานุกรมกระบวนการยุติธรรมนานาชาติ. กรุงเทพมหานคร:เซเว่นพริ้นติ้ง กรุ๊ป.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2548). คำอธิบายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2547. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน.

อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2556). ทฤษฎีอาญา. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน.

อุดม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ. (2544). การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. กรุงเทพมหานคร:นานาการพิมพ์.

_____. (2558). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา.

อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์. (2555). สิทธิมนุษยชน. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน.

อุทัย อาทิเวช. (2559). คู่มือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 ระบบไต่สวน&ระบบกล่าวหา. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร:หจก.วี.เจ.พริ้นติ้ง.

_____. (2558). คู่มือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2 สิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญา. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร:หจก.วี.เจ.พริ้นติ้ง.

_____. (2559). คู่มือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 3 การสอบสวน มาตรการบังคับในคดีอาญา. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร:หจก.วี.เจ.พริ้นติ้ง.

_____. (2557). รวมบทความกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร:หจก.วี.เจ.พริ้นติ้ง.

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2553). นิติรัฐ นิติธรรม. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

บทความ

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2521). “หลักการไม่ยอมรับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยการจับ การค้น การยึดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกา.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 9, ฉบับที่ 3. หน้า 120-136.

กรรภิรมย์ โกมลารชุน. (2557, พฤษภาคม-สิงหาคม). “วัตถุแห่งคดีในคดีอาญาคืออะไร? What is the object of criminal proceedings?.” วารสารกระบวนการยุติธรรม, ปีที่ 7, เล่ม 2. หน้า 1-22.

คณาธิป ทองรวีวงศ์. (2556, มกราคม-มิถุนายน). “มาตรการกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้ถูกดักฟัง.” วารสารกระบวนการยุติธรรม, ปีที่ 6, เล่ม 1. หน้า 1-24.

จิรนิติ หะวานนท์. (2527, พฤษภาคม-มิถุนายน). “หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ: เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอเมริกันและกฎหมายเยอรมัน.” ดุลพาห, ปีที่ 31, เล่ม 3. หน้า 34-52.

ธีระ สุธีวรางกูร. (2542, ธันวาคม). “การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 29, ฉบับที่ 4. หน้า 578-592.

ประธาน วัฒนวาณิชย์. (2520, ธันวาคม). “ระบบความยุติธรรมทางอาญา:แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการนิติธรรม”, วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 8, ฉบับที่ 4. น. 147.

ประเสริฐ คันธมานนท์ และสมชัย จันทรมัสการ. (2549, มีนาคม). “พยานหลักฐานดิจิตอล.” บทบัณฑิตย์, เล่มที่ 62, ตอน 1. หน้า 43-83.

พรเพชร วิชิตชลชัย. (2537, มิถุนายน). “หลักกฎหมายอเมริกันในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นเทป.” บทบัณฑิตย์, เล่มที่ 50, ตอน 2. หน้า 125-130.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2543, มิถุนายน). “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 30, ฉบับที่ 2. หน้า 184-194.

_____. (2555, มกราคม-กุมภาพันธ์). “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม”, วารสารจุลนิติ, ปีที่ 9, ฉบับที่ 1, น.63-64.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2539, กันยายน). “อำนาจรัฐกับการดักฟังทางโทรศัพท์.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 26, ฉบับที่ 3. หน้า 649-682.

วิทยานิพนธ์

กิตติมา ประคุณดี. (2533). *การดักฟังโทรศัพท์โดยเจ้าพนักงาน*. (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต) สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร:จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

เอกสารอื่น ๆ

กรรภิรมย์ โกมลารชุน. (2561). กฎหมายเกี่ยวกับการให้รัฐเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน:กรณีศึกษาสหพันธรัฐเยอรมนี. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ สำนักส่งเสริมวิชาการรัฐสภา สถาบันพระปกเกล้า.

กมลชัย รัตนสกาวงศ์ และวรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). เรื่องแนวทางในการยกร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง. (รายงานผลการวิจัย) สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ.

ปกป้อง ศรีสนิท. (2561). การให้รัฐเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน:กรณีศึกษาสาธารณรัฐฝรั่งเศส. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ สำนักส่งเสริมวิชาการรัฐสภา สถาบันพระปกเกล้า.

ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ. (2561). กฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดให้รัฐเข้าถึง หรือได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน:กรณีศึกษาประเทศสหรัฐอเมริกา. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ สำนักส่งเสริมวิชาการรัฐสภา สถาบันพระปกเกล้า.

สุมนา กิติพงศ์, จีรัชญ์ วัฒนศิริพงศ์, ทรงพร สัตยาอภิธาน, วรพจน์ ภู่มาลี, อรุณ ดีวังพล, อริศรา สันศนีย์วิทยกุล และปฐมพร ธาระวานิช. (2550). รายงานการวิจัยเรื่องการออกหมายค้นหมายจับ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

กุลพล พลวัน. “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวกับการคุ้มครองตามกฎหมายไทย”. www.stat.ago.go.th/บทความลงเว็บ/บทที่%2016.htm.

Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, (1928), Retrived October 1, 2008, from http://.law.cornell.edu.

Katz v. United States, 389 U.S. 347, (1967), Retrived February 14, 2019, from http://.law.cornell.edu.

ECHR Case Kruslin v France, Application no. 11801/85, From https://hudoc.echr.coe.int/eng.

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

Dando, Shigemitsu. (1988). Japanese Criminal procedure. Trans by B.J. George, Third edited. Minnesota : West publishing.

Packer, Herbert. (1968). The Limit of The Criminal Sanction. Stanford, California : Stanford University Press.

Samaha, Joel. (1999). Criminal justice (5th ed.). Canada : Wadsworth/Thomson Learning.

Frank Kuhn. (2018). Gefaehrdet Spionagesoftware die Innere Sicherheit. Frankrurt : Goethe Universitat.

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก.

บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...

บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบ
ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....

หลักการ

โดยที่เป็นการสมควรเพิ่มเติมมาตรา ๑๓๑/๒ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อให้เจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจสอบสวนคดีอาญา สามารถยื่นคำขอต่อศาลที่อยู่ในเขตอำนาจ เพื่อขอเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร ของบุคคลต้องสงสัยว่า มีตระเตรียมการ สมคบกัน เป็นตัวการร่วม ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ในการกระทำความผิดอาญา ตามกฎหมายอันว่าด้วยการรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือว่าด้วยการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมีลักษณะการกระทำผิดที่สลับซับซ้อน ยุ่งยากในการรวบรวมพยานหลักฐาน โดยอาศัยช่องทางการสื่อสารต่างๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารอันเป็นประโยชน์ต่อรูปคดี อย่างถูกต้องตามกฎหมายและสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีกับบุคคลต้องสงสัยได้ มาตรา ๑๓๓/๑ การถามปากคำบุคคลผู้มีหน้าที่ตอบคำถามหรือผู้ต้องหาซึ่งต้องให้การต่อพนักงานสอบสวน หากพนักงานสอบสวนซักถามในประเด็นใดแล้วบุคคลหรือผู้ต้องหานั้น มีสิทธิ์ที่จะไม่ตอบคำถามในประเด็นดังกล่าวก็ได้ แต่หากภายหลังถูกฟ้องดำเนินคดีเป็นจำเลยบุคคลหรือผู้ต้องหานั้น มีการนำประเด็นที่ไม่ตอบคำถามหรือมิได้ให้การไว้นั้น ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในชั้นพิจารณาของศาล ให้ถือเป็นข้อสันนิษฐานที่เป็นผลร้ายกับบุคคลดังกล่าว หรือศาลอาจใช้ดุลพินิจไม่รับฟังคำให้การต่อสู้ดังกล่าว หากพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการได้มีการโต้แย้งคัดค้านไว้แล้ว มาตรา ๒๓๓/๑ ในกรณีที่จำเลยเบิกความในชั้นพิจารณา โดยนำเสนอข้อเท็จจริง หรือหลักฐานใดๆ ในประเด็นที่พนักงานสอบสวนได้ซักถามไว้แล้วในชั้นสอบสวน แต่จำเลยใช้สิทธิไม่ให้การในชั้นสอบสวนหากพนักงานอัยการได้โต้แย้งคัดค้านการให้ศาลใช้ดุลยพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐานของจำเลย หรือให้พยานหลักฐานเป็นผลร้ายแก่จำเลยว่า พยานหลักฐานของจำเลยไม่น่าเชื่อถือ

เหตุผล

เนื่องจากสถานการณ์ในปัจจุบัน การกระทำความผิดอาญาบางประเภทซึ่งมีลักษณะเป็นการก่อการร้าย การกระทำอันตรายอย่างร้ายแรงหรือเป็นภัยต่อความมั่นคงของอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือความสงบเรียบร้อยและความสงบสุขของประชาชน มักมีรูปแบบหรือวิธีการในการกระทำความผิดที่ซับซ้อนมากขึ้น ก่อให้เกิดปัญหาอย่างยิ่งในการที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมายได้ เนื่องจากอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายรวมถึงเครื่องมือและอุปกรณ์ ในการรวบรวมพยานหลักฐานของภาครัฐยังมีประสิทธิภาพไม่เพียงพอหรือไม่สามารถก้าวทันผู้กระทำความผิดได้ โดยในยุคที่เทคโนโลยีการสื่อสารเจริญก้าวหน้า ทำให้การกระทำความผิดสามารถกระทำได้โดยรวดเร็ว และการแสวงหาพยานหลักฐาน

เพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ทำได้ยากมากขึ้น ดังนั้นเพื่อให้การป้องกันและปราบปรามผู้กระทำความผิดเกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลสูงสุด จึงต้องมีการเข้าถึงข้อมูลของบุคคลใดๆ เพื่อใช้เป็นพยานหลักฐาน ให้ได้มาซึ่งตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

อนึ่งในส่วนของการสอบถามปากคำผู้ต้องหา เพื่อประโยชน์ในการรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวนและ การอำนวยความยุติธรรมของประชาชน ประกอบกับหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ ในเรื่อง Criminal Justice and Public Order act 1994. มาตรา ๓๔ ซึ่งกล่าวถึงข้อสันนิษฐานอันเป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องหา ในกรณีไม่ให้การหรือไม่ตอบคำถามในประเด็นใดที่พนักงานสอบสวนได้ถามปากคำไว้ในชั้นสอบสวน ภายหลังถูกฟ้องดำเนินคดีตกเป็นจำเลย แต่กลับนำประเด็นในเรื่องเดียวกันนั้น ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในชั้นพิจารณา เป็นเหตุให้ศาลอาจใช้ดุลพินิจไม่รับฟังคำให้การดังกล่าวในการต่อสู้คดีของจำเลย จึงมีความจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ร่างพระราชบัญญัติ

แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..)

พ.ศ. ....

.....

.....

.....

.....

.....

โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

.....

.....

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น มาตรา ๑๓๑/๒ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

“มาตรา ๑๓๑/๒ ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งการสืบสวนสอบสวนคดีความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ ความผิดที่มีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรม หรือที่ยุ่งยากซับซ้อน พนักงานสอบสวนโดยอนุมัติของผู้บังคับการ ซึ่งเป็นหัวหน้าของพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบอาจยื่นคำร้องขอต่ออธิบดีผู้พิพากษาหรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาล เพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลอิเล็คทรอนิคส์ หรือข้อมูลข่าวสารใดๆ เช่น การตรวจสอบหรือดักรับข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลการติดต่อสื่อสาร หรือข้อมูลทางการเงินของบุคคลที่น่าจะเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้นได้

คำร้องดังกล่าว ต้องระบุเหตุผลและความจำเป็นในการยื่นคำร้อง รายละเอียดเกี่ยวกับประเภทและลักษณะของข้อมูลที่ต้องการ วิธีการที่ใช้ในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลน้อยที่สุด รวมทั้ง ระยะเวลาที่จำเป็นต้องใช้ในการดำเนินการ

หากศาลพิจารณาเห็นว่า คำร้องดังกล่าวมีพยานหลักฐานตามสมควรอันน่าเชื่อว่า จะทำให้ได้มาซึ่งข้อมูลอันเป็นประโยชน์ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดนั้น และไม่สามารถรวบรวมพยานหลักฐานได้โดยวิธีการตามปกติเพราะอาจก่อให้เกิดอันตรายอย่างยิ่งต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ เมื่อคำนึงถึงผลกระทบของการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลนั้นด้วยแล้ว ให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้เข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลดังกล่าว เป็นคราวๆละไม่เกินสิบห้าวัน ไม่เกินสี่คราว ในกรณีมีเหตุอันสมควร อาจขยายได้อีก แต่รวมแล้วต้องไม่เกินเก้าสิบวัน โดยศาลอาจกำหนดเงื่อนไขใดๆ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่ง

เพื่อให้มีการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลเท่าที่จำเป็น รวมทั้งการกำหนดมาตรการเพื่อบรรเทาผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลจากการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลนั้นได้

ให้ผู้ร้องขอรายงานผลการดำเนินการต่อศาลทุก สิบห้าวัน

คำสั่งอนุญาตของศาล ย่อมมีผลบังคับให้บุคคลที่ครอบครองหรือดูแลข้อมูลนั้นต้องให้ความร่วมมือในปฏิบัติตามคำสั่งของศาลด้วย

มาตรา ๔ ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา ๑๓๓/๑ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

“มาตรา ๑๓๓/๑ ในการถามปากคำบุคคลใด ซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจมีเหตุอันควรสงสัยว่า ได้กระทำผิดมาแล้ว หรือมีเหตุน่าเชื่อว่ากระทำผิด หรือบุคคลซึ่งตกเป็นผู้ต้องหา เมื่อได้มีการดำเนินการตาม มาตรา ๑๓๕ แล้ว ให้แจ้งบุคคลนั้นด้วยว่า หากพนักงานสอบสวนได้ซักถามปากคำในประเด็นใด บุคคลนั้นหรือผู้ต้องหามีสิทธิ์ที่จะไม่ตอบคำถาม หรือให้การในประเด็นนั้นก็ได้ แต่การไม่ตอบคำถามหรือให้การดังกล่าวนั้น หากภายหลังบุคคลหรือผู้ต้องหานั้น ถูกฟ้องดำเนินคดีเป็นจำเลยแล้ว ได้นำประเด็นที่ไม่ได้ตอบหรือให้การไว้นั้นยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในชั้นพิจารณา ให้ศาลมีอำนาจสันนิษฐานเป็นผลร้ายแก่จำเลย และศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานของจำเลยในชั้นพิจารณานั้นได้ หากพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการได้โต้แย้งคัดค้านไว้”

มาตรา ๕ ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา ๒๓๓/๑ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

“มาตรา ๒๓๓/๑ ในกรณีที่จำเลยเบิกความในชั้นพิจารณา โดยนำเสนอข้อเท็จจริง หรือหลักฐานใดๆ ในประเด็นที่พนักงานสอบสวนได้ซักถามไว้แล้วในชั้นสอบสวน แต่จำเลยใช้สิทธิไม่ตอบคำถามหรือไม่ให้การในชั้นสอบสวน โดยพนักงานสอบสวนได้ดำเนินการตามมาตรา ๑๓๓/๑ แล้ว หากพนักงานอัยการได้โต้แย้งคัดค้านแล้ว ให้ศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานของจำเลย หรือให้รับฟังพยานหลักฐานเป็นผลร้ายแก่จำเลยว่า พยานหลักฐานของจำเลยไม่น่าเชื่อถือ”

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

.....

นายกรัฐมนตรี

คำชี้แจงความจำเป็นในการยกร่างกฎหมาย

๑. ชื่อร่างกฎหมาย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๓๑/๒, มาตรา ๑๓๓/๑ และ มาตรา ๒๓๓/๑

๒. ส่วนราชการหรือหน่วยงานผู้เสนอ

สำนักงานตำรวจแห่งชาติ

๓. วัตถุประสงค์และเป้าหมายของภารกิจ

๓.๑ วัตถุประสงค์ในการยกร่างกฎหมาย

๓.๑.๑ กฎหมายการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร (ดักฟังโทรศัพท์) ในประเทศไทยยังมิได้มีการให้อำนาจพนักงานสอบสวนฝ่ายตำรวจ ในการเข้าถึงพยานหลักฐานในคดีสำคัญยุ่งยากสลับซับซ้อน เพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามผู้กระทำความผิด ให้เกิดประสิทธิภาพและผลสูงสุดในการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษตามกฎหมาย

๓.๑.๒ การถามปากคำผู้ต้องหา เพื่อประโยชน์ในการรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวนและการอำนวยความยุติธรรมของประชาชน

๓.๒ เหตุผลในการยกร่างกฎหมาย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๑๓๑/๒ ตำรวจมีอำนาจสอบสวนซึ่งต้องกระทำการโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยมีอำนาจเพียงการออกหมายเรียก ส่วนการออกหมายจับต้องขออนุมัติต่อศาล ซึ่งต้องรวบรวมพยานหลักฐานให้ครบถ้วนและชัดเจน ให้ศาลพิจารณา ศาลจึงจะอนุมัติหมายจับให้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีเครื่องมือในการบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดผลสูงสุดเพื่อประโยชน์ในการรวบรวมพยานหลักฐานในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามกฎหมาย

เพื่อประโยชน์แห่งการรวบรวมพยานหลักฐาน เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามกฎหมายและบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ จึงจำเป็นต้องมีมาตรการในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยชอบด้วยกฎหมายให้สามารถเข้าถึงพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับพยานบุคคลและความลับที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิด โดยเฉพาะคดีที่ยุ่งยากสลับซับซ้อนซึ่งไม่อาจดำเนินการได้ ด้วยการออกหมายเรียกหรือการสืบสวนด้วยวิธีการปกติ เทียบเคียงกับกฎหมายของประเทศเยอรมันซึ่งใช้กฎหมายระบบ ซีวิลลอว์ เช่นเดียวกับประเทศไทย อนุญาตให้ใช้การดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ เพื่อการสืบสวนการกระทำผิดในคดีอาชญากรรมสำคัญ โดยศาลเป็นผู้สั่งอนุญาต ซึ่งข้อมูลดังกล่าวจะนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยในชั้นศาลเท่านั้น

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๑๓๑/๒ การถามปากคำผู้ต้องหานั้น เพื่อประโยชน์ในการรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวนและอำนวยความยุติธรรมของประชาชน บุคคลผู้มีหน้าที่ต้องตอบคำถามหรือผู้ต้องหาซึ่งต้องให้การต่อพนักงานสอบสวน หากมิได้ให้การหรือตอบคำถามต่อพนักงานสอบสวน ในประเด็นใด ภายหลังจะนำประเด็นที่มิได้ให้การนั้น ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในชั้นพิจารณาของศาล ให้ถือเป็นข้อสันนิษฐานที่เป็นผลร้ายแก่ผู้นั้น โดยศาลอาจใช้ดุลพินิจไม่รับฟังคำให้การดังกล่าว หากพนักงานสอบสวนหรืออัยการได้โต้แย้งหรือคัดค้านไว้ ประกอบกับหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ ในเรื่อง Criminal Justice and Public Order act 1994. มาตรา ๓๔ ซึ่งกล่าวถึงข้อสันนิษฐานอันเป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องหา ในกรณีไม่ให้การหรือไม่ตอบคำถามในประเด็นใดที่พนักงานสอบสวนได้ถามปากคำไว้ในชั้นสอบสวน ภายหลังถูกฟ้องดำเนินคดีตกเป็นจำเลย แต่กลับนำประเด็นในเรื่องเดียวกันนั้น ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในชั้นพิจารณา เป็นเหตุให้ศาลอาจใช้ดุลพินิจไม่รับฟังคำให้การดังกล่าวในการต่อสู้คดีของจำเลย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๒๓๓/๑ ในกรณีที่จำเลยเบิกความในชั้นพิจารณา โดยนำเสนอข้อเท็จจริง หรือหลักฐานใดๆ ในประเด็นที่พนักงานสอบสวนได้ซักถามไว้แล้วในชั้นสอบสวน แต่จำเลยใช้สิทธิไม่ให้การในชั้นสอบสวนหากพนักงานอัยการได้โต้แย้งคัดค้านการให้ศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานของจำเลย หรือให้พยานหลักฐานเป็นผลร้ายแก่จำเลยว่า พยานหลักฐานของจำเลยไม่หน้าเชื่อถือ

๓.๓ มาตรการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของภารกิจคืออะไร

เห็นควรให้แก้ไขเพิ่มเติม ความในมาตรา ๑๓๑/๒ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา “ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งการสืบสวนสอบสวนคดีความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ ความผิดที่มีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรม หรือที่ยุ่งยากซับซ้อน พนักงานสอบสวนโดยอนุมัติของผู้บังคับการ ซึ่งเป็นหัวหน้าของพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบอาจยื่นคำร้องขอต่ออธิบดีผู้พิพากษาหรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาล เพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลอิเล็คทรอนิคส์ หรือข้อมูลข่าวสารใดๆ เช่น การตรวจสอบหรือดักรับข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลการติดต่อสื่อสาร หรือข้อมูลทางการเงิน ของบุคคลที่น่าจะเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้นได้

คำร้องดังกล่าว ต้องระบุเหตุผลและความจำเป็นในการยื่นคำร้อง รายละเอียดเกี่ยวกับประเภทและลักษณะของข้อมูลที่ต้องการ วิธีการที่ใช้ในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลน้อยที่สุด รวมทั้ง ระยะเวลาที่จำเป็นต้องใช้ในการดำเนินการ

หากศาลพิจารณาเห็นว่า คำร้องดังกล่าวมีพยานหลักฐานตามสมควรอันน่าเชื่อว่า จะทำให้ได้มาซึ่งข้อมูลอันเป็นประโยชน์ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดนั้น และไม่สามารถรวบรวมพยานหลักฐานได้โดยวิธีการตามปกติเพราะอาจก่อให้เกิดอันตรายอย่างยิ่งต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ เมื่อคำนึงถึงผลกระทบของการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลนั้นด้วยแล้ว ให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้เข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลดังกล่าว เป็นคราวๆละไม่เกินสิบห้าวัน ไม่เกินสี่คราว ในกรณีมีเหตุอันสมควร

อาจขยายได้อีก แต่รวมแล้วต้องไม่เกินเก้าสิบวัน โดยศาลอาจกำหนดเงื่อนไขใดๆ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งเพื่อให้มีการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลเท่าที่จำเป็น รวมทั้งการกำหนดมาตรการเพื่อบรรเทาผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลจากการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลนั้นได้

ให้ผู้ร้องขอรายงานผลการดำเนินการต่อศาลทุก สิบห้าวัน

คำสั่งอนุญาตของศาล ย่อมมีผลบังคับให้บุคคลที่ครอบครองหรือดูแลข้อมูลนั้นต้องให้ความร่วมมือในปฏิบัติตามคำสั่งของศาลด้วย ”

มาตรา ๑๓๓/๑ “ในการถามปากคำบุคคลใด ซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจมีเหตุอันควรสงสัยว่า ได้กระทำผิดมาแล้ว หรือมีเหตุน่าเชื่อว่ากระทำผิด หรือบุคคลซึ่งตกเป็นผู้ต้องหา เมื่อได้มีการดำเนินการตาม มาตรา ๑๓๕ แล้ว ให้แจ้งบุคคลนั้นด้วยว่า หากพนักงานสอบสวนได้ซักถามปากคำในประเด็นใด บุคคลนั้นหรือผู้ต้องหามีสิทธิที่จะไม่ตอบคำถาม หรือให้การในประเด็นนั้นก็ได้ แต่การไม่ตอบคำถามหรือให้การดังกล่าวนั้น หากภายหลังบุคคลหรือผู้ต้องหานั้น ถูกฟ้องดำเนินคดีเป็นจำเลยแล้ว ได้นำประเด็นที่ไม่ได้ตอบหรือให้การไว้นั้นยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในชั้นพิจารณา ให้ศาลมีอำนาจสันนิษฐานเป็นผลร้ายแก่จำเลย และศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานของจำเลยในชั้นพิจารณานั้นได้ หากพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการได้โต้แย้งคัดค้านไว้”

และ“มาตรา ๒๓๓/๑ ในกรณีที่จำเลยเบิกความในชั้นพิจารณา โดยนำเสนอข้อเท็จจริง หรือหลักฐานใดๆ ในประเด็นที่พนักงานสอบสวนได้ซักถามไว้แล้วในชั้นสอบสวน แต่จำเลยใช้สิทธิไม่ตอบคำถามหรือไม่ให้การในชั้นสอบสวน โดยพนักงานสอบสวนได้ดำเนินการตามมาตรา ๑๓๓/๑ แล้ว หากพนักงานอัยการได้โต้แย้งคัดค้านแล้ว ให้ศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานของจำเลย หรือให้รับฟังพยานหลักฐานเป็นผลร้ายแก่จำเลยว่า พยานหลักฐานของจำเลยไม่น่าเชื่อถือ”

๓.๔ ทางเลือกอื่นที่จะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์เดียวกัน

ไม่มี

๓.๕ เหตุผลที่เชื่อว่ามาตรการนี้จะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้ คือ

๓.๕.๑ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา รัฐมีภาระต้องพิสูจน์ให้ปรากฏโดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยกระทำผิดจริง ซึ่งในการกระทำผิดอาญาบางประเภทจะใช้พยานหลักฐานที่ได้มาจากกระบวนการยุติธรรมตามปกติ เช่นการออกหมายเรียกพยานบุคคลหรือเอกสาร ไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้ เนื่องจากไม่ได้รับความร่วมมือหรือ เป็นคดีที่มีเพียงผู้กระทำผิดเท่านั้นที่รู้หรือมีข้อมูล และสามารถเปลี่ยนแปลงข้อมูลหรือพยานหลักฐานได้โดยง่าย เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงต้องมีข้อมูลหรือพยานหลักฐานที่ได้มาจากการดักฟัง หรือการตรวจสอบข้อมูลข่าวสารโดยวิธีการนี้ เพื่อให้พยานหลักฐานมีน้ำหนักน่าเชื่อถือ สามารถนำตัวผู้กระทำผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ

๓.๕.๒ ในส่วนของการถามปากคำผู้ต้องหา ปัจจุบันผู้ต้องหา มักจะปฏิเสธไม่ให้การในชั้นสอบสวนหรือไม่ให้การในประเด็นสำคัญบางประเด็นอันเป็นสาระสำคัญของคดี ต่อมาในชั้นพิจารณาของศาลได้นำประเด็นที่มิได้ให้การไว้นั้นยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดี อันอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อรูปคดีได้

เพื่อให้ปัญหาดังกล่าวหมดไป หากผู้ต้องหากระทำการดังกล่าว ให้กฎหมายสันนิษฐานเป็นผลร้ายแก่ผู้นั้น หรือหากพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการได้คัดค้านไว้ ศาลอาจใช้ดุลพินิจไม่รับฟังคำให้การต่อสู้คดีของจำเลย

๔. ใครควรเป็นผู้ทำภารกิจ

สำนักงานตำรวจแห่งชาติ

๕. ความจำเป็นในการตรากฎหมาย

๕.๑ เนื่องจากในปัจจุบัน การป้องกันปราบปรามอาชญากรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การก่อการร้าย การค้ายาเสพติด อาชญากรทางเศรษกิจ หรือการกระทำความผิดที่ยุ่งยากสลับซับซ้อน กระทำได้ยาก เนื่องจากวิวัฒนาการของการกระทำผิดก้าวหน้าไปมาก จึงมีความจำเป็นต้องมีเครื่องมืออันเป็นกฎหมายขึ้นมาช่วย ในการรวบรวมพยานหลักฐาน เพื่อให้ได้พยานหลักฐานที่มีน้ำหนัก เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามกฎหมาย

๕.๒ การถามปากคำผู้ต้องหา เพื่อประโยชน์ในการรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวนและการอำนวยความยุติธรรมของประชาชน

๖. การบังคับใช้กฎหมาย

กำหนดให้กฎหมายนี้มีผลบังคับใช้ทั่วราชอาณาจักร เมื่อพ้นกำหนด ๙๐ วัน นับแต่วันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

๗. ความซ้ำซ้อนของกฎหมาย

ไม่ซ้ำซ้อน

๘. ภาระต่อบุคคลและความคุ้มค่า

๘.๑. บุคคลซึ่งถูกกระทบโดยกฎหมาย

ศาล อัยการ ตำรวจ ผู้ต้องสงสัย และผู้ต้องหา

๘.๒ ภาระหน้าที่ที่เกิดขึ้นกับบุคคลที่ถูกบังคับใช้

๘.๒.๑ พนักงานสอบสวนมีหน้าที่ยื่นคำร้องต่อศาล ที่มีเขตอำนาจ เพื่อให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้มีการดักฟังโทรศัพท์ หรือตรวจสอบข้อมูลข่าวสาร ข้อมูลทางการเงิน หรือข้อมูลใดๆที่เกี่ยวข้องการการกระทำความผิดของบุคคลต้องสงสัยหรือบุคคลที่ติดต่อสื่อสารกับบุคคลต้องสงสัย

๘.๒.๒ ผู้ต้องหาอาจถูกข้อสันนิษฐานอันเป็นผลร้าย หากนำประเด็นที่มิได้ให้การไว้ในชั้นสอบสวน มาเป็นข้อต่อสู้ในชั้นพิจารณาคดีของศาล หรือศาลอาจใช้ดุลพินิจไม่รับฟังคำให้การต่อสู้คดีของจำเลยในชั้นพิจารณา หากพนักงานสอบสวนหรืออัยการได้โต้แย้งคัดค้านไว้

๘.๓ สิทธิและเสรีภาพที่ถูกจำกัด

๘.๓.๑ เนื่องจากการได้มาของพยานหลักฐานด้วยวิธีการนี้ อาจเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน จึงได้กำหนดให้พนักงานสอบสวนมีหน้าที่ ยื่นคำร้องของต่อศาลในเขตอำนาจ เพื่อให้ศาลดำเนินการตรวจสอบและมีคำสั่งอนุญาตเสียก่อน

๘.๓.๒ ในการถามปากคำหากผู้ต้องหาไม่ให้การในประเด็นใด ภายหลังนำประเด็นที่ไม่ให้การไว้นั้น ยกเป็นข้อต่อสู้คดีในชั้นพิจารณาของศาล ให้สันนิษฐานเป็นผลร้ายแก่จำเลย หรือศาลอาจไม่รับฟังคำให้การต่อสู้คดีของจำเลยหากพนักงานสอบสวนหรืออัยการโต้แย้งคัดค้านไว้

๘.๔ ประโยชน์ที่ประชาชนและสังคมจะได้รับ

๘.๔.๑ การดำเนินคดีอาญากับผู้ต้องหา ที่กระทำความผิดอันเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมีลักษณะการกระทำผิดที่เป็นองค์กรอาชญากรรม หรือมีการกระทำผิดที่ยุ่งยากสลับซับซ้อน การนำพยานหลักฐานตามกระบวนการยุติธรรมตามปกติ อาจไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ความผิดของการกระทำผิดดังกล่าวได้ เพื่อให้การพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยกระทำผิดจริง ศาลที่อยู่ในเขตอำนาจ อาจมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องขอ ของพนักงานสอบสวน เพื่อให้มีการดักฟังโทรศัพท์หรือตรวจสอบข้อมูลข่าวสาร ข้อมูลทางการเงิน หรือข้อมูลใดๆที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิด ของบุคคลต้องสงสัยนั้นได้ โดยข้อมูลข่าวสารดังกล่าว สามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีอาญากับบุคคลต้องสงสัยและบุคคลซึ่งติดต่อสื่อสารกับบุคคลต้องสงสัยเท่านั้น

๘.๔.๒ การถามปากคำผู้ต้องหา เพื่อประโยชน์ในการรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวนและการอำนวยความยุติธรรมของประชาชน

๘.๕ ความยุ่งยากที่คาดว่าจะเกิดขึ้นตามกฎหมาย

ไม่มี

๘.๖ ความคุ้มค่าของภารกิจเมื่อคำนึงถึงงบประมาณที่ต้องใช้ ภาระหน้าที่ที่เกิดขึ้นกับประชาชนและการที่ประชาชนจะต้องถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่จะได้รับ

รัฐต้องใช้งบประมาณในการดำเนินภารกิจดังกล่าว และประชาชนไม่มีภาระหน้าที่หรือถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพแต่อย่างใด

๙. ความพร้อมของรัฐ

๙.๑ ความพร้อมของรัฐ

(ก) กำลังพลที่คาดว่าจะต้องใช้

ไม่มี

(ข) คุณวุฒิและประสบการณ์ของเจ้าหน้าที่ที่จำเป็นต้องมี

เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้รับการแต่งตั้งโดยตำแหน่งโดยผลของกฎหมายให้มีอำนาจตามกฎหมายนี้ มีคุณวุฒิและประสบการณ์อยู่แล้วโดยตำแหน่งหน้าที่ราชการ

(ค) งบประมาณที่คาดว่าจะต้องใช้

เงินสนับสนุนจากรัฐตามปกติ

๙.๒ วิธีการที่จะให้ผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมีความเข้าใจและพร้อมที่จะปฏิบัติตามกฎหมาย

เมื่อกฎหมายฉบับนี้ได้รับการแก้ไขและมีผลบังคับใช้ ผู้ที่อยู่ใต้บังคับของกฎหมาย คือ ศาล อัยการและพนักงานสอบสวน ควรทำความเข้าใจและพร้อมที่จะปฏิบัติตามกฎหมายนี้

๑๐. ข้อเสนอแนะในการดำเนินการกับหน่วยงานอื่นที่ปฏิบัติภารกิจซ้ำซ้อนหรือใกล้เคียงกัน

หน่วยงานที่ภารกิจใกล้เคียงกันเช่น สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน, กรมสอบสวนคดีพิเศษ ปัจจุบันยังไม่มีข้อเสนอแนะใดๆจากหน่วยงานดังกล่าว

๑๑. การรับฟังความคิดเห็น

๑๑.๑ การเปิดโอกาสให้ผู้เกี่ยวข้องแสดงความคิดเห็น

มีการประชุมสัมมนารับฟังความคิดเห็น ข้อเสนอแนะ ของคณะพิจารณาปรับปรุงกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสำนักงานตำรวจแห่งชาติและผู้แทนหน่วยงาน หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมาเพื่อให้ข้อมูลและแสดงความเห็น

๑๑.๒ ข้อคิดเห็นหรือความเห็นของผู้เกี่ยวข้อง

ยังไม่ปรากฏว่ามีผู้ใดคัดค้านการยกร่างกฎหมายนี้

ภาคผนวก ข.

ตารางเปรียบเทียบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

กับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมาย

วิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....

ตารางเปรียบเทียบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ.	เหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติม
	ร่างพระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... _____ .... โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ.	เหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติม
	มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....”	
	มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป	
มาตรา ๑๓๑ ให้พนักงานสอบสวนรวบรวมหลักฐานทุกชนิด เท่าที่สามารถจะทำได้ เพื่อประสงค์จะทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่างๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่ถูกกล่าวหา เพื่อจะรู้ตัวผู้กระทำผิดและพิสูจน์ให้เห็นความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา	คงเดิม	
มาตรา ๑๓๑/๑ ในกรณีที่จำเป็นต้องใช้พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง ตามมาตรา ๑๓๑ ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจ	คงเดิม	

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ.	เหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติม
ให้ทำการตรวจพิสูจน์บุคคล วัตถุ หรือเอกสารใด ๆโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ได้ ในกรณีความผิดอาญาที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปี หากการตรวจพิสูจน์ตามวรรคหนึ่ง จำเป็นต้องตรวจเก็บตัวอย่างเลือด เนื้อเยื่อ ผิวหนัง เส้นผมหรือขน น้ำลาย ปัสสาวะ อุจจาระ สารคัดหลั่ง สารพันธุกรรมหรือส่วนประกอบของร่างกายจากผู้ต้องหา ผู้เสียหาย หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องให้พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบมีอำนาจให้แพทย์ หรือผู้เชี่ยวชาญดำเนินการตรวจดังกล่าวได้ แต่ต้องกระทำเพียงเท่าที่จำเป็นและสมควรโดยใช้วิธีการที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดน้อยที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ทั้งจะต้องไม่เป็นอันตรายต่อร่างกายหรืออนามัยของบุคคลนั้น และผู้ต้องหา ผู้เสียหาย หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องต้องให้ความยินยอม หากผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายไม่		

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ.	เหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติม
ยินยอมโดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายกระทำการป้องปัดขัดขวางมิให้บุคคลที่เกี่ยวข้องให้ความยินยอม โดยไม่มีเหตุอันสมควรให้สันนิษฐานไว้เบื้องต้นว่าข้อเท็จจริงเป็นไปตามผลการตรวจพิสูจน์ที่หากได้ตรวจพิสูจน์แล้วจะเป็นผลเสียต่อผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายนั้นแล้วแต่กรณี ค่าใช้จ่ายในการตรวจพิสูจน์ตามมาตรานี้ ให้สั่งจ่ายจากงบประมาณตามระเบียบที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติ กระทรวงมหาดไทย กระทรวงยุติธรรม หรือสำนักงานอัยการสูงสุด แล้วแต่กรณี กำหนดโดยได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง		

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ.	เหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติม
	มาตรา ๓ ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น มาตรา ๑๓๑/๒ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา “มาตรา ๑๓๑/๒ ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งการสืบสวนสอบสวนคดีความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ ความผิดที่มีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรม หรือที่ยุ่งยากซับซ้อน พนักงานสอบสวนโดยอนุมัติของผู้บังคับการ ซึ่งเป็นหัวหน้าของพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบอาจยื่นคำร้องขอต่ออธิบดีผู้พิพากษาหรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาล เพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลอิเล็คทรอนิคส์ หรือข้อมูลข่าวสารใดๆ เช่น การตรวจสอบหรือดักรับข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลการติดต่อสื่อสาร หรือข้อมูลทางการเงิน ของบุคคลที่น่าจะเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้นได้ คำร้องดังกล่าว ต้องระบุเหตุผลและความจำเป็นในการยื่นคำร้อง รายละเอียดเกี่ยวกับประเภทและลักษณะของข้อมูลที่ต้องการ วิธีการที่ใช้ในการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลน้อยที่สุด รวมทั้งระยะเวลาที่จำเป็นต้องใช้ในการดำเนินการ	เนื่องจากสถานการณ์ในปัจจุบันการกระทำความผิดอาญาบางประเภทซึ่งมีลักษณะเป็นการก่อการร้าย การกระทำอันตรายอย่างร้ายแรงหรือเป็นภัยต่อความมั่นคงของอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือความสงบเรียบร้อยและความสงบสุขของประชาชน มักมีรูปแบบหรือวิธีการในการกระทำความผิดที่ซับซ้อนมากขึ้น ก่อให้เกิดปัญหาอย่างยิ่งในการที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมายได้ เนื่องจากอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายรวมถึงเครื่องมือและอุปกรณ์ ในการรวบรวมพยานหลักฐานของภาครัฐยังมีประสิทธิภาพไม่เพียงพอหรือไม่สามารถก้าวทันผู้กระทำความผิดได้ โดยในยุคที่เทคโนโลยีการสื่อสารเจริญก้าวหน้า ทำให้การกระทำความผิดสามารถกระทำได้โดยรวดเร็ว และการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมา

	หากศาลพิจารณาเห็นว่า คำร้องดังกล่าวมีพยานหลักฐานตามสมควรอันน่าเชื่อว่า จะทำให้ได้มาซึ่งข้อมูลอันเป็นประโยชน์ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดนั้น และไม่สามารถรวบรวมพยานหลักฐานได้โดยวิธีการตามปกติเพราะอาจก่อให้เกิดอันตรายอย่างยิ่งต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ เมื่อคำนึงถึงผลกระทบของการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลนั้นด้วยแล้ว ให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้เข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลดังกล่าว เป็นคราวๆละไม่เกินสิบห้าวัน ไม่เกินสี่คราว ในกรณีมีเหตุอันสมควร อาจขยายได้อีกแต่รวมแล้วต้องไม่เกินเก้าสิบวัน โดยศาลอาจกำหนดเงื่อนไขใดๆ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งเพื่อให้มีการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลเท่าที่จำเป็น รวมทั้งการกำหนดมาตรการเพื่อบรรเทาผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลจากการเข้าถึงและได้มาซึ่งข้อมูลนั้นได้ ให้ผู้ร้องขอรายงานผลการดำเนินการต่อศาลทุกสิบห้าวัน คำสั่งอนุญาตของศาล ย่อมมีผลบังคับให้บุคคลที่ครอบครองหรือดูแลข้อมูลนั้นต้องให้ความร่วมมือในปฏิบัติตามคำสั่งของศาลด้วย	ลงโทษ ทำได้ยากมากขึ้น ดังนั้นเพื่อให้การป้องกันและปราบปรามผู้กระทำความผิดเกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลสูงสุด จึงต้องมีการเข้าถึงข้อมูลของบุคคลใดๆ เพื่อใช้เป็นพยานหลักฐาน ให้ได้มาซึ่งตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ.	เหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติม
	มาตรา ๔ ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น มาตรา ๑๓๓/๑ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา “มาตรา ๑๓๓/๑ ในการถามปากคำบุคคลใดซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจมีเหตุอันควรสงสัยว่า ได้กระทำผิดมาแล้ว หรือมีเหตุน่าเชื่อว่ากระทำผิด หรือบุคคลซึ่งตกเป็นผู้ต้องหาเมื่อได้มีการดำเนินการตาม มาตรา ๑๓๕ แล้ว ให้แจ้งบุคคลนั้นด้วยว่า หากพนักงานสอบสวนได้ซักถามปากคำในประเด็นใด บุคคลนั้นหรือผู้ต้องหามีสิทธิที่จะไม่ตอบคำถามหรือให้การในประเด็นนั้นก็ได้ แต่การไม่ตอบคำถามหรือให้การดังกล่าวนั้น หากภายหลังบุคคลหรือผู้ต้องหานั้น ถูกฟ้องดำเนินคดีเป็นจำเลยแล้ว ได้นำประเด็นที่ไม่ได้ตอบหรือให้การไว้นั้นยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในชั้นพิจารณา ให้ศาลมีอำนาจสันนิษฐานเป็นผลร้ายแก่จำเลย และศาลจะไม่รับฟังพยานหลักฐานของจำเลยในชั้นพิจารณานั้นได้ หากพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการได้โต้แย้งคัดค้านไว้”	ในส่วนของการสอบถามปากคำผู้ต้องหา เพื่อประโยชน์ในการรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวนและการอำนวยความยุติธรรมของประชาชน ประกอบกับหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษในเรื่อง Criminal Justice and Public Order act 1994. มาตรา ๓๔ ซึ่งกล่าวว่าถึงข้อสันนิษฐานอันเป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องหา ในกรณีไม่ให้การหรือไม่ตอบคำถามในประเด็นใดที่พนักงานสอบสวนได้ถามปากคำไว้ในชั้นสอบสวน ภายหลังถูกฟ้องดำเนินคดีตกเป็นจำเลย แต่กลับนำประเด็นในเรื่องเดียวกันนั้นยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในชั้นพิจารณา เป็นเหตุให้ศาลอาจใช้ดุลพินิจไม่รับฟังคำให้การดังกล่าวในการต่อสู้คดีของจำเลย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ.	เหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติม
มาตรา ๒๓๓ จำเลยอาจอ้างตนเองเป็นพยานได้ ในกรณีที่จำเลยอ้างตนเองเป็นพยาน ศาลจะให้เข้าสืบก่อนพยานอื่นฝ่ายจำเลยก็ได้ ถ้าคำเบิกความของจำเลยนั้นปรักปรำหรือเสียหาย แก่จำเลยอื่น จำเลยอื่นนั้นซักค้านได้ ในกรณีที่จำเลยเบิกความเป็นพยาน คำเบิกความของจำเลยย่อมใช้ยันจำเลยนั้นได้ และศาลอาจรับฟังคำเบิกความนั้นประกอบพยานหลักฐานอื่นของโจทก์ได้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	คงเดิม	

	ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ.	เหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติม
	มาตรา ๕ ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา ๒๓๓/๑ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา “มาตรา ๒๓๓/๑ ในกรณีที่จำเลยเบิกความในชั้นพิจารณา โดยนำเสนอข้อเท็จจริง หรือหลักฐานใดๆ ในประเด็นที่พนักงานสอบสวนได้ซักถามไว้แล้วในชั้นสอบสวน แต่จำเลยใช้สิทธิไม่ตอบคำถามหรือไม่ให้การในชั้นสอบสวน โดยพนักงานสอบสวนได้ดำเนินการตามมาตรา ๑๓๓/๑ แล้ว หากพนักงานอัยการได้โต้แย้งคัดค้านแล้ว ให้ศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานของจำเลย หรือให้รับฟังพยานหลักฐานเป็นผลร้ายแก่จำเลยว่า พยานหลักฐานของจำเลยไม่น่าเชื่อถือ” ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ ..... นายกรัฐมนตรี	เพิ่มเติมหลักการ ตามมาตรา ๑๓๓/๑ ในกรณีที่จำเลยอ้างตนเองเป็นพยาน หากพนักงานอัยการได้โต้แย้งคัดค้าน ในคำถามที่พนักงานสอบสวนได้ซักถามปากคำจำเลยในชั้นสอบสวน แต่จำเลยไม่ตอบคำถามหรือให้การดังกล่าวนั้น ในชั้นสอบสวน ให้ศาลไม่รับฟังพยานหลักฐานของจำเลยหรือให้พยานหลักฐานเป็นผลร้ายแก่จำเลย

ภาคผนวก ค.

ตารางเปรียบเทียบมาตรการดักฟังการสื่อสารตามกฎหมายต่างประเทศ กับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2

ตาราง เปรียบเทียบมาตรการดักฟังการสื่อสารตามกฎหมายต่างประเทศ กับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/2

	ประเทศสหรัฐอเมริกา Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 ประกอบ Electronic Communication Privacy Act of 1986 **(เพื่อให้ครอบคลุมการสื่อสารไร้สาย)**	**ประเทศเยอรมนี** **มาตรการดักการสื่อสารโทรคมนาคม ปวิอ.เยอรมัน มาตรา** § 100a (StPO)	**ประเทศฝรั่งเศส** **ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศส /รัฐบัญญัติ เลขที่ 91-646**	**ประเทศไทย** **ร่าง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม ปวิอ. มาตรา 131/2**
1.เงื่อนไขการขอใช้มาตรการฯ	-มีเหตุผลสมควรว่าวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานในรูปแบบอื่นเคยใช้แล้วแต่ไม่สามารถใช้ได้ หรือมีแนวโน้มที่ไม่สามารถใช้ได้ หรืออันตรายเกินไป -มีรายละเอียดที่สมบูรณ์ของข้อเท็จจริงว่าคำร้องควรได้รับอนุญาต ข้อบ่งชี้ว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น หรือใกล้จะเกิดขึ้น/ลักษณะหรือสถานที่ที่ข้อความจะถูกดักฟัง/ลักษระการสื่อสาร/บุคคลที่กระทำความผิด(หากทราบ)	-ต้องปรากฏความสงสัยว่ามีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น (ความสงสัยระดับเบื้องต้น (Anfangsverdacht/ initial suspicion) เท่านั้น) -การสอบสวนโดยไม่ใช้มาตรการไม่อาจทำได้ หรืออาจทำได้โดยยากลำบาก **§ 100a** วรรคแรก StPO	1.การดักฟังโดยอำนาจศาล (Ecoute Judiciares) มีวัตถุประสงค์เพื่อรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิด “ปราบปราม”เมื่อมีข้อมูลจำเป็นเพียงพอ 2.การดักฟังทางปกครอง (Ecoute admistratives) วัตถุประสงค์เพื่อป้องกันภัยต่อความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของรัฐ “ป้องกัน”	กรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งการสืบสวนสอบสวน -มีหลักฐานตามสมควรอันน่าเชื่อว่าจะทำให้ได้มาซึ่งข้อมูลอันเป็นประโยชน์ในการ “ป้องกัน”/“ปราบปราม”การกระทำความผิด และ -ไม่สามารถรวบรวมพยานหลักฐานได้โดยวิธีการตามปกติ เพราะอาจก่อให้เกิดอันตรายอย่างยิ่งต่อเจ้าหน้าที่รัฐ
2.ฐานความผิดในการใช้มาตรการฯ	บัญญัติเป็นฐานความผิดแยกเป็นมาตราโดยกำหนดไว้ในลักษณะแยกประเภทคดีตามกลุ่มของฐานความผิด ซึ่งรวบรวมไว้ให้อยู่ในกฎหมายนี้ เฉพาะฐานความผิดที่กำหนดในมาตรา 2516 (1)(a)-(u) ของ	บัญญัติเป็นฐานความผิดแยกเป็นมาตรา (ส่วนใหญ่เป็นฐานความผิดที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ และความผิดอาญาที่ร้ายแรงที่สุด) **§ 100a** II StPO	1.ความผิดอาญาประเภทอุกฉกรรจ์ (Crime) โทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป และความผิดอาญาประเภทโทษชั้นกลาง (Delit) โทษจำคุกไม่เกิน 10 ปีและโทษปรับ ตามมาตรา 100	แบ่งเป็นประเภทคดี ได้แก่ -คดีความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ -คดีความผิดที่มีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรม -คดีความผิดที่มีลักษณะที่ยุ่งยาก

	ลักษณะ 18 The U.S.Code		2.แบ่งเป็นประเภทคดีส่วนใหญ่เป็นคดีกระทบต่อความมั่นคง และความสงบเรียบร้อยของชาติ	ซับซ้อน
3.ระยะเวลาในการใช้มาตรการฯ	คำสั่งอนุญาตมีระยะเวลาเพียงเท่าจำเป็นในการแสวงหาพยานหลักฐาน แต่ไม่เกิน 30 วัน /ขยายได้ไม่เกิน 30 วัน	สูงสุดไม่เกิน 3 เดือน /ขยายได้ไม่เกิน 3 เดือน **§ 100e** วรรคแรก StPO	1.คำสั่งศาลจะดำเนินการได้นานสุด 4 เดือน /ขยายได้อีกภายในเงื่อนไขและระยะเวลาเดียวกับคำสั่งแรก แต่ไม่เกิน 1 ปี หรือหากเป็นฐานความผิดตามมาตรา 706-73 และ706-73-1 ขยายได้ถึง 2 ปี ในฐานความผิดที่เป็นฐานร้ายแรงเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรม 2.นายกรัฐมนตรี มีอำนาจสั่งให้ดักฟังได้มากที่สุด 4 เดือน /ขยายได้ภายใต้เงื่อนไขและความจำเป็นเดิม	ได้คราวละไม่เกิน 15 วัน ไม่เกิน 4 คราว /มีเหตุอันสมควรขยายได้ แต่ไม่เกิน 90 วัน
4.ระยะเวลาสิ้นสุดของการใช้มาตรการฯ	มาตรการฯต้องถูกยกเลิกหลังจากที่ได้ข้อมูลตามวัตถุประสงค์โดยเร็วที่สุดภายใน 30 วัน	เงื่อนไขในการออกหมายหมดไป มาตรการฯต้องสิ้นสุดโดยไม่ชักช้า โดยแจ้งไปยังศาลที่ออกหมาย **§ 100e** วรรคห้า StPO	-	-
5.ผู้มีอำนาจยื่นคำร้องขอใช้มาตรการฯ	-อัยการสูงสุดฯ โดยการเสนอของ FBI หรือองค์กรอื่นของรัฐบาลกลางที่มีอำนาจสอบสวน -หัวหน้าอัยการประจำรัฐ โดยการเสนอขององค์กรรัฐบาลท้องถิ่นที่มีอำนาจสอบสวน	อัยการ เป็นผู้ร้องขอให้ใช้มาตรการฯต่อศาล **§ 100e** วรรคแรก stop	-	หัวหน้าพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ

6.ผู้มีอำนาจอนุมัติให้ใช้มาตรการฯ	-ศาลแห่งสหรัฐอเมริกา หรือศาลอื่นที่มีอำนาจเท่าเทียม -ศาลประจำมลรัฐ หรือศาลอื่นที่มีอำนาจเท่าเทียม	ศาล ในฐานะเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระ § 100e วรรคแรก stop	1.ศาลไต่สวนสามารถสั่งการให้มีการดักฟัง บันทึก และถอดความการสื่อสาร 2.นายกรัฐมนตรี โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยการควบคุมทางเทคนิคของข้อมูล (CNCTR)	อธิบดีผู้พิพากษา หรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาล
7.ข้อยกเว้นอำนาจอนุญาตให้ใช้มาตรการฯโดยศาล	กระทำโดยเจ้าพนักงาน ตาม 2 เงื่อนไข ได้แก่ -มีพฤติการณ์ฉุกเฉินว่ามีการสบคบกันเพื่อคุกคามความมั่นคงของชาติ หรือขององค์กรอาชญากรรมที่มีความจำเป็นไม่อาจรอคำสั่งศาล และ -มีข้อเท็จจริงว่าศาลควรอนุญาต (หากมีการยื่นคำร้องฯตามขั้นตอน) ทั้งนี้ ต้องทำคำร้องตามหลังไปภายใน 24 ชม. นับแต่ใช้มาตรการฯไปก่อน	กรณีจำเป็นเร่งด่วน อัยการอนุญาตให้ใช้มาตรการฯได้ แต่หากไม่ได้รับคำสั่งอนุมัติจากศาลภายใน 3 วัน การอนุญาตของอัยการสิ้นผล § 100e วรรคแรก StPO	-	-
8.การทำลายข้อมูลที่ได้จากการใช้มาตรการฯ	ข้อความ/ข้อมูลที่ถูกบันทึกไว้โดยทันทีที่สิ้นสุดระยะเวลาตามคำสั่งศาล ต้องเสนอต่อผู้พิพากษาที่อนุญาต โดยปิดผนึกต่อหน้าผู้พิพากษา เก็บรักษาไว้ 10 ปี เว้นแต่จะมีคำสั่งศาลให้ทำลาย	ข้อมูลส่วนบุคคล (ข้อมูลแกนกลางของการใช้ชีวิตส่วนตัว) ที่ไม่จำเป็นสำหรับการดำเนินคดีอาญาและการตรวจสอบการใช้มาตรการฯโดยศาล ให้ลบเสียโดยไม่ชักช้า § 101 วรรคแปด StPO	1.บันทึกดักฟังโดยคำสั่งศาลจะถูกทำลายโดยอัยการ หรืออัยการสูงสุด เมื่อคดีขาดอายุความ โดยการทำลายบันทึกจะต้องจดลงไว้ในสำนวน 2.บันทึกจะถูกทำลายอย่างช้าภายใน 10 วันนับจากวันดำเนินการดักฟังโดยอำนาจของนายกรัฐมนตรี	-

9.ผลกระทบต่อบุคคลภายนอกจากการใช้มาตรการฯ	ศาลมีอำนาจพิจารณาข้อโต้แย้งของผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งอนุญาตให้มีการดักฟังการสื่อสาร	ผู้ถูกกล่าวหา ผู้ส่งข่าวให้แก่ผู้ถูกกล่าวหา และเจ้าของระบบการสื่อสารโทรคมนาคม **§ 100a** วรรคสาม StPO	2.กรณีการดังฟังทางปกครองผู้สงสัยว่าจะถูกดักฟังร้องเรียนต่อคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยการควบคุมทางเทคนิคของข้อมูล (CNCTR) และผู้มีส่วนได้เสียร้องเรียนต่อศาลปกครองสูงสุดได้ (COnseil d'Etat)	ศาลอาจกำหนดมาตรการเพื่อบรรเทาผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลจากการใช้มาตรการฯ
10.ความรับผิดทางอาญา/ทางแพ่งเกี่ยวกับการได้มาโดยมิชอบซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน	ปวิอ.สหรัฐฯ ลักษณะ18 U.S.Code -กำหนดให้มีเป็นความผิดและมีโทษทางอาญา จำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับ 500 ดอลลาร์สหรัฐ -เรียกร้องค่าเสียหายทางแพ่ง ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (punitive damanges)	กระทำการใช้มาตรการฯโดยปราศจากอำนาจ ผิด ป.อ.เยอรมัน § 201 ถึง 210 StGB	-	-
11.กระบวนการเผยแพร่และจัดทำรายงานสรุปผลการใช้มาตรการฯ	-	ให้มลรัฐและอัยการสูงสุดแห่งมลรัฐต้องรายงานเกี่ยวกับมาตรการตามมาตรา § **100a** StPO ของหน่วยงานหรือในความรับผิดชอบของตน โดยรายงานต่อสำนักงานกระทรวงยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐในทุกปีปฏิทินในแต่ละปี จนถึงวันที่ 30 มิถุนายน ของปีถัดจากปีที่รายงาน **เผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวนี้บนอินเทอร์เน็ต**	-	-

ภาคผนวก ง.

ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (ฉบับที่ 21)

เรื่อง ห้ามการดักฟังทางโทรศัพท์หรือเครื่องมือสื่อสารใด

ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ฉบับที่ ๒๑

เรื่อง ห้ามการดักฟังทางโทรศัพท์หรือเครื่องมือสื่อสารใด

โดยที่ในระยะเวลาที่ผ่านมา ได้มีการลักลอบดักฟัง ใช้ประโยชน์ หรือเปิดเผยข้อความที่มีการติดต่อทางโทรศัพท์หรือเครื่องมือสื่อสารอื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการละเมิดเสรีภาพของบุคคลในการสื่อสารถึงกัน ก่อให้เกิดความหวาดระแวงกันทั่วไปในหมู่ประชาชนผู้ใช้เครื่องมือสื่อสาร

ดังนั้น เพื่อคุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยชอบด้วยกฎหมายและเพื่อให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อยและรักษาความสงบของประเทศ คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงมีประกาศดังต่อไปนี้

ข้อ ๑ ผู้ใดดักฟัง ใช้ประโยชน์ หรือเปิดเผย ซึ่งข้อความที่มีการติดต่อทางโทรศัพท์หรือเครื่องมือสื่อสารอื่นใด โดยไม่มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ข้อ ๒ ผู้ใดรับรู้ข้อความที่ได้มาจากการกระทำความผิดตามข้อ ๑ ใช้ประโยชน์หรือเปิดเผยข้อความนั้นต่อผู้อื่น โดยไม่มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ข้อ ๓ ผู้ใดใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดตามข้อ ๑ หรือข้อ ๒ ต้องรับโทษเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่าตามที่บัญญัติไว้ในความผิดตามข้อ ๑ หรือข้อ ๒ แล้วแต่กรณี

ข้อ ๔ ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้บริการโทรศัพท์หรือการสื่อสาร หรือเป็นผู้ได้รับสัมปทานการให้บริการดังกล่าว นอกจากต้องรับโทษตามข้อ ๑ ข้อ ๒ หรือข้อ ๓ แล้วแต่กรณีแล้ว ให้ใบอนุญาตหรือสัมปทานนั้น สิ้นสุดลงด้วย

ทั้งนี้ ตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ประกาศ ณ วันที่ ๒๔ กันยายน พ.ศ. ๒๕๔๙
พลเอก สนธิ บุญยรัตกลิน
หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย
อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นายคธา รักแผน
วันเดือนปีเกิด	18 กันยายน 2524
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช พ.ศ.2546
	เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 58
ประสบการณ์ทำงาน	ทนายความ
	นิติกร สำนักอำนวยการประจำศาลฎีกา พ.ศ.2558 – ปัจจุบัน