

อำนาจของพนักงานสอบสวนในการแฝงตัว

สุกมต ปฐมอมรเลิศ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ ปรีดีพนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2562

Authority of the Investigator in Undercover Operations

Sukamon Pathomamornlert

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

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ อำนาจของพนักงานสอบสวนในการแฝงตัว
เสนอโดย นางสาวสุกมล ปฐมอมรเลิศ
สาขาวิชา นิติศาสตร์
หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

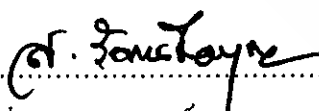
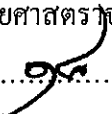
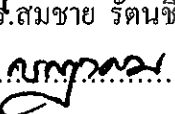
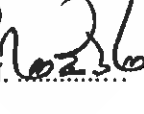

.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ)


.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน)


.....กรรมการ
(อาจารย์ ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์)


.....กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธานี วรรณกัณฑ์)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนชื้อสกุล)
วันที่  เดือน  พ.ศ. 

หัวข้อวิทยานิพนธ์	อำนาจของพนักงานสอบสวนในการแฝงตัว
ชื่อผู้เขียน	สุกมล ปฐมอมรเลิศ
อาจารย์ที่ปรึกษา	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กรรภิรมย์ โกมลารชุน
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2561

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนมีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาถึงมาตรการแฝงตัวของเจ้าพนักงานของรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาและวิเคราะห์อำนาจของพนักงานสอบสวนในการแฝงตัว ว่ามีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างไร ทั้งนี้เพื่อนำไปสู่การกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไข การบัญญัติกฎหมายการแฝงตัวไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประเภฐานุความผิดที่จะใช้มาตรการแฝงตัวหรือวิธีการในการควบคุมตรวจสอบการใช้มาตรการแฝงตัวรวมถึงแนวทางการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย

จากการศึกษาพบว่ามาตรการแฝงตัวเป็นเทคนิคการสอบสวนพิเศษที่นำมาใช้สอบสวนการกระทำความผิดอาญาที่มีความซับซ้อนเพราะมีการนำเทคโนโลยีและวิธีการทางเทคนิคสมัยใหม่มาเป็นเครื่องมือ มีการดำเนินการอย่างเป็นระบบเครือข่ายและรูปองค์กรอาชญากรรม ผู้กระทำความผิดเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญ ก่อให้เกิดความเสียหายและผลกระทบรุนแรงต่อระบบเศรษฐกิจ การเมือง ความมั่นคงของประเทศ และสังคม ฯลฯ โดยที่วิธีการแฝงตัวอยู่ในองค์กรต่างๆของรัฐ เช่น กรมสอบสวนคดีพิเศษ สำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติดสำนักงานป้องกันและสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน โดยให้เจ้าหน้าที่ต้องการเข้าไปสืบหาข้อมูลข่าวสาร ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อกฎหมายในองค์กรอาชญากรรมโดยไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการแฝงและเจ้าหน้าที่สามารถใช้มาตรการแฝงตัวได้โดยเพียงแต่ได้รับอนุญาตจากอธิบดีหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายเท่านั้นซึ่งมาตรการแฝงตัวนั้นถือว่าเป็นมาตรการบังคับชนิดหนึ่งที่จะต้องมีการตรวจสอบการออกหมาย ซึ่งไม่มีการตรวจสอบจากองค์กรภายนอก อันเป็นการตรวจสอบถ่วงดุล

เจ้าพนักงานสามารถทำการแฝงตัวได้นั้นจะต้องมีการกำหนดถึงระดับอันตรายหรือผลกระทบต่อสังคม การเมือง เศรษฐกิจ ความมั่นคงของชาติและระหว่างประเทศ ถ้าไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้ชัดเจนการบังคับใช้กฎหมายก็จะกระทำไปได้อย่างยาก จะเห็นได้ว่าการสอบสวนโดยวิธีการแฝงตัวนั้นเป็นมาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งไม่สามารถอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนได้อย่างแท้จริง

ผู้เขียนได้วิเคราะห์มาตรการแฝงตัวของประเทศไทยเปรียบเทียบกับของต่างประเทศแล้วจึงเสนอแนวทางในการใช้มาตรการแฝงตัว โดยให้มีการกำหนดองค์กรของผู้มีอำนาจในการพิจารณาคำร้องขอแฝงตัว หลักเกณฑ์เงื่อนไขในการแฝงตัว เพื่อนำมาประกอบในการขออนุญาตต่อศาลในการใช้มาตรการแฝงตัว การรวบรวมกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรการแฝงตัวที่กระจายอยู่ในองค์กรต่างๆ ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้เป็นกฎหมายกลางเพื่อความเป็นบรรทัดฐานเดียวกัน



Thesis Title	Authority of The Investigator In Undercover Operation
Author	Sukamon Pathomamornlert
Thesis Advisor	Associate Professor Dr. Kanpirom Komalarajun
Department	Law
Academic Year	2018

ABSTRACT

According to this thesis, the researcher will aim for studying the undercover operations for the government officers. The objective of this thesis is to study and analyze whether the officers' authorization affects the rights and freedom of the citizens. As a result, this study will let the researcher determine the conditional criteria, the legislation of the undercover operations prescribed in the Thai Criminal Procedure Code, types of the offence that are investigated by the undercover operations, as well as the methods for the government officers to perform their work lawfully.

From this study, the researcher found that the undercover operations are part of special investigation techniques that are taken to investigate the complex criminal offences because this technique is using modern technology. With this in mind, these techniques will work systematically and widely spread. Also, they can affect economic, political, social and international securities. Many government organizations, such as, the Department of Special Investigation (DSI), the Office of the Narcotics Control Board (ONCB), and the Anti-Money Laundering Office (AMLO), will work by letting the government officers secretly investigate the news, information, facts and evidence relating to committing crime or offence against the organizational rules without any conditional determinations. For the procedure of the undercover operations, the officers can use these methods through an authorized approval by the directors or the superior people in each organization. Conducting the undercover operations is a technique

which is needed to be legally-investigated. But, it is not necessary to be checked by external organizations, so it leads to checking balance and the offence where officers can do the undercover operations. To explain, the officers can operate the undercover operations by determining the level of danger or the effects towards economic, political, social and international securities. If there is not a factor determination, it will lead to becoming difficult and complicated for legislation. Finally, this study revealed that the undercover operations may lead to affect individual's rights and freedom, so these techniques absolutely cannot facilitate equality among the citizens at all.

To encapsulate this study, the researcher analyses the undercover operations in Thailand comparing to other countries. Consequently, the researcher would like to propose the ways to conduct the undercover operations appropriately by fixing an organization of an authorized director to consider the implicit request and the criteria of the undercover operations' conditions to make a permission to the court for doing the undercover operations correctly, collecting the relating laws to the measurements of the undercover operations distributed in the Criminal Procedure Code. Thus, all the proposals will make clearer and same-standard norm.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ก็ด้วยความเมตตาและความอนุเคราะห์เป็นอย่างสูงจาก ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก ซึ่งท่านได้กรุณา สละเวลาอันมีค่ายิ่งในการให้คำปรึกษาและคำแนะนำอันเป็นประโยชน์อย่างมากต่อการจัดทำ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ อนึ่งท่านยังได้กรุณาตรวจสอบและแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ จวบจนกระทั่ง วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ ดังนี้แล้ว ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์เป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ ที่กรุณาได้รับเป็นประธาน กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รวมถึงอาจารย์สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ธาณี วรภัทร์ ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ทั้งนี้ ทุกท่านได้สละเวลาอันมีค่ายิ่งในการ ให้คำปรึกษาและคำแนะนำต่อการจัดทำและแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนเสร็จสมบูรณ์

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณมารดา และครอบครัวของผู้เขียน สำหรับกำลังใจ กำลังใจ และปัจจัยอื่นอีกนานัปการที่ช่วยเกื้อหนุนการศึกษาของผู้เขียน ทั้งนี้หากปราศจากการสนับสนุน ดังกล่าวการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คงไม่อาจสำเร็จลุล่วงไปได้โดยตลอด

ผู้เขียนขอขอบคุณกัลยาณมิตรของผู้เขียนทุกคนสำหรับคุณธรรมน้ำมิตรที่มีให้กันเสมอ มา ซึ่งสิ่งที่คุณเขียนได้รับล้วนแล้วแต่มีส่วนสำคัญที่ทำให้การจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไป ได้ด้วยดี

สุกมล ปฐมอมเรลิต

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ฅ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
บทที่	
1. บทนำ.....	
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	4
1.3 สมมุติฐานของการศึกษา.....	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	5
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
2. สถานการณ์ปัจจุบันเกี่ยวกับการใช้มาตรการแฝงตัว.....	
2.1 ความหมายของการใช้มาตรการแฝงตัวตามกฎหมายไทย.....	7
2.2 มาตรการแฝงตัวที่มีอยู่ในกฎหมายไทย.....	11
2.3 ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับมาตรการการแฝงตัวตามกฎหมายไทย.....	16
3. แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการแฝงตัว.....	
3.1 หลักนิติรัฐกับการบังคับใช้มาตรการบังคับทางอาญา.....	18
3.2 แนวคิดเกี่ยวกับรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา.....	21
3.3 เป้าหมายของคดีอาญา.....	25
3.4 มาตรการบังคับทางอาญาในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.....	26
3.5 สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่อาจถูกล่วงละเมิดจากการดำเนินคดีอาญา.....	27
3.6 แนวคิดที่ว่าด้วยการตรวจสอบอำนาจรัฐในการบังคับใช้มาตรการแฝงตัว.....	34
4. มาตรการแฝงตัวตามกฎหมายต่างประเทศ.....	
4.1 แนวคิดและหลักการสำคัญในการแฝงตัวตามอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อ อาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 (United Nations Convention against Transnational Organized Crime 2000).....	37
4.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	39
4.3 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	50

4.4 มลรัฐเซาท์ออสเตรเลีย.....	56
5. แนวทางการแก้ไขปัญหามาตรการแฝงตัวในประเทศไทย.....	
5.1 การบัญญัติมาตรการแฝงตัวไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.....	60
5.2 หลักเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขให้ใช้มาตรการแฝงตัว.....	62
5.3 การควบคุมการใช้มาตรการแฝงตัว.....	64
6. บทสรุปและเสนอแนะ.....	
6.1 บทสรุป.....	66
6.2 ข้อเสนอแนะ.....	69
บรรณานุกรม.....	72
ประวัติผู้เขียน.....	78



บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

มาตรการการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมถือเป็นพันธกิจหลักของรัฐที่มีผลกระทบต่อความสงบสุขโดยรวมของสังคม การปฏิบัติการแฝงตัวเป็นเทคนิคการสอบสวนพิเศษที่นำมาใช้สอบสวนการกระทำความผิดอาญาที่มีความซับซ้อนเพราะมีการนำเทคโนโลยีและวิธีการทางเทคนิคสมัยใหม่มาเป็นเครื่องมือ มีการดำเนินการอย่างเป็นระบบเครือข่ายและรูปองค์กรอาชญากรรม ผู้กระทำความผิดเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญ ก่อให้เกิดความเสียหายและผลกระทบรุนแรงต่อระบบเศรษฐกิจ การเมือง ความมั่นคงของประเทศ และสังคม ฯลฯ วิธีการแฝงตัว (Undercover Operation) เป็นวิธีการหนึ่งที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้ทำการแฝงตัวเข้าไปในองค์กรอาชญากรรมที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ระบบเศรษฐกิจ และสังคม ฯลฯ เพื่อต้องการเข้าไปสืบหาข้อมูลข่าวสาร ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อกฎหมายในองค์กรอาชญากรรมเหล่านี้ เนื่องจากอาชญากรรมมีความสลับซับซ้อนมากกว่าที่จะใช้วิธีการปกติในการหาแสวงหาข้อเท็จจริง ข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดนั้น มาตรการทางกฎหมายก็จำเป็นต้องกำหนดเงื่อนไขในการใช้มาตรการไว้โดยละเอียดแน่นอนและชัดเจนเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะวัตถุประสงค์ของมาตรการ เงื่อนไขในการใช้มาตรการ ขอบเขตและวิธีการในการใช้มาตรการ เพื่อให้มาตรการแฝงตัวมีความเป็นภาวะวิสัย เกิดสมดุลในการปราบปรามการกระทำความผิดไปพร้อมกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยที่ผ่านมาประเทศไทยมีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะ ที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานใช้มาตรการแฝงตัวโดยแอบลักลอบเข้าไปปะปนอยู่กับกลุ่มอาชญากร โดยที่อาชญากรเหล่านั้นไม่รู้ตัว จนทำให้ฝ่ายรัฐได้มาซึ่งข้อมูลและพยานหลักฐานที่อาจนำมาดำเนินคดีกับอาชญากรเหล่านั้นได้ ซึ่งมาตรการแฝงตัวนี้กระจัดกระจายกันอยู่ในหลายรูปแบบปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติต่าง ๆ หลายฉบับ ดังต่อไปนี้

พระราชบัญญัติกรมสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องมาตรการแฝงตัวโดยเจ้าพนักงานของรัฐแอบลักลอบเข้าไปปะปนอยู่กับกลุ่มอาชญากรโดยที่อาชญากรเหล่านั้นไม่รู้ตัว จนทำให้ฝ่ายรัฐได้มาซึ่งข้อมูลและพยานหลักฐานที่อาจนำมาดำเนินคดีอยู่ในพระราชบัญญัติต่าง ๆ เหล่านี้จะพบว่ามีการบัญญัติหลักเกณฑ์ รวมทั้งเงื่อนไขที่แตกต่างกันเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติแต่ละฉบับ ทำให้เกิดปัญหาการกระจายของกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงกันมีการตีความการใช้กฎหมายที่แตกต่างกัน จึงควรบัญญัติกฎหมายเพื่อรวบรวมหลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้มาตรการแฝงตัวให้เจ้าพนักงานใช้เป็นหลักเกณฑ์กลาง โดยสร้างหลักเกณฑ์ของมาตรการแฝงตัวให้เป็น บทกฎหมายทั่วไป¹ ย่อมจะทำให้เป็นการสร้างหลักกฎหมายให้สอดคล้องกับแนวทางสากลที่มักจะกำหนดบทบัญญัติเช่นนี้ไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานมีมาตรฐานเดียวกันได้ ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายกลางที่รวบรวมหลักเกณฑ์ดังกล่าวเข้าไว้ด้วยกัน

สำหรับมาตรการแฝงตัวถือเป็นมาตรการบังคับทางอาญาประเภทหนึ่ง ที่ไปกระทบถึงสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องสงสัยในคดีอาญา โดยเฉพาะสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง (Right against Self-Incrimination) การให้ผู้บังคับบัญชาเป็นผู้อนุมัติให้ใช้มาตรการจึงเป็นการไม่เหมาะสมเพราะขาดการตรวจสอบจากองค์กรภายนอกที่มีภาวะวิสัย ดังนั้นต้องใช้มาตรการนี้โดยให้ศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระเป็นผู้อนุมัติ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง ให้ไม่ต้องถูกกระทบกระเทือนมากเกินไปจากการบังคับใช้กฎหมายของรัฐ และเพื่อให้การใช้อำนาจมาตรการดังกล่าวกระทำไปอย่างมีภาวะวิสัย โดยมีกระบวนการที่อยู่บนหลักของการตรวจสอบจากภายนอก โดยองค์กรศาลสามารถใช้ดุลพินิจตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานซึ่งเป็นฝ่ายบริหารได้

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

² คณิศ ฅ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), น.266.

จากการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานในการแฝงตัว กลับพบปัญหาในส่วนของ บทบัญญัติของกฎหมายที่ได้บัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการแฝงตัว เช่น การคั่นนั้น จะต้องมีเหตุแห่งการคั่นด้วย อีกทั้ง เมื่อพิจารณาถึงอำนาจของอธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษตาม พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 หรือผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติตาม พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ.2550 หรือเลขาธิการสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ที่กำหนดให้การแฝงตัวสามารถกระทำได้โดยทันทีเมื่อได้รับ คำสั่งอนุมัติคำสั่งดังกล่าวซึ่งไม่มีการตรวจสอบจากองค์กรภายนอก

ดังที่กล่าวในตอนต้นว่า การแฝงตัวเป็นมาตรการทางอาญาอย่างหนึ่งที่ผลของ กฎหมายอาจไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงหลักประกันในทาง กฎหมายอาญาที่มีหลักการว่ากฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนและแน่นอน เพื่อไม่ให้เกิดการ ตีความและการบังคับใช้กฎหมายไปในทางที่ผิด ซึ่งเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติการสอบสวนคดี พิเศษ พ.ศ. 2547 สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 พบว่า ในส่วน บทบัญญัติของมาตรการการแฝงตัวนั้น ไม่มีหลักเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขในการใช้มาตรการแฝงตัว แต่กลับพบในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ.2550 จึงอาจจะเกิดปัญหาในการบังคับ ใช้กฎหมายและขัดต่อหลักประกันในทางกฎหมายอาญาได้

ดังนั้น หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมควรจะศึกษาแก้ไขกฎหมายให้ ชัดเจนและพัฒนากฎหมายให้เหมาะสมกับยุคปัจจุบัน เพื่อเป็นแนวทางที่ชัดเจนในการปฏิบัติ หน้าที่ของเจ้าพนักงานและเพื่อเป็นหลักประกันในทางกฎหมายอาญาด้วยว่ากฎหมายอาญาต้องมี ความชัดเจนแน่นอน

ด้วยเหตุนี้ วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงมุ่งที่จะศึกษาถึงผู้ที่มีอำนาจในการอนุญาตให้มีการแฝง ตัว หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการขออนุญาตใช้มาตรการแฝง องค์กรผู้ให้อนุญาตใช้มาตรการแฝง ตัว การกระจัดกระจายขอบบทบัญญัติที่เกี่ยวกับมาตรการแฝงตัว เพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุง แก้ไขข้อกฎหมาย และระเบียบที่เกี่ยวข้องให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายยิ่งขึ้น

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาสถานการณ์ปัจจุบันเกี่ยวกับการใช้มาตรการแฝงตัว
2. เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการแฝงตัว
3. เพื่อศึกษามาตรการแฝงตัวตามกฎหมายต่างประเทศ
4. เพื่อศึกษาวิเคราะห์การแก้ปัญหาการใช้มาตรการแฝงตัวโดยเจ้าพนักงานของรัฐแบบ

ลักลอบเข้าไปปะปนอยู่กับกลุ่มอาชญากรัดจกนทำให้ฝ่ายรัฐได้มาซึ่งข้อมูลและพยานหลักฐานในการกระทำความผิดตามหลักเกณฑ์สากลของประเทศในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยหลักกฎหมายของประเทศเยอรมนี โดยศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีต ของประเทศสหรัฐอเมริกาและมลรัฐเซาท์ออสเตรเลีย กับกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติของประเทศไทย เพื่อนำมาช่วยในการสอบสวนในวิธีการแฝงตัวไม่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ

1.3 สมมุติฐานของการศึกษา

การสอบสวนโดยวิธีการแฝงตัวของเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานของรัฐที่จะสอบสวนแสวงหาข้อเท็จจริง ข้อมูลข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด โดยมีหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติในเรื่องการแฝงตัวในมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ.2550 สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ยังมีช่องว่างถึงการกำหนดถึงหลักเกณฑ์ ขั้นตอน เงื่อนไข และรายละเอียดของการดำเนินการดังกล่าวทำให้การสืบสวนสอบสวนโดยวิธีการแฝงตัวไปละเมิดสิทธิเสรีภาพบุคคล ดังนั้น การพัฒนาหรือแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนของผู้ที่มีอำนาจในการอนุญาตให้แฝงตัว หลักเกณฑ์เงื่อนไขมาตรการแฝงตัว อำนาจของเจ้าพนักงานในการแฝงตัว และ จะช่วยในการสืบสวนสอบสวนในวิธีการแฝงตัวไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาในครั้งนี้จะศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระราชบัญญัติกรมสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ.2550 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการแฝงตัว องค์การผู้มีอำนาจอนุญาตให้ใช้มาตรการแฝงตัว การกระจัดกระจายของบทบัญญัติว่าด้วยมาตรการแฝงตัว วิเคราะห์เปรียบเทียบแนวทางกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขข้อกฎหมาย และระเบียบที่เกี่ยวข้องให้มีประสิทธิภาพเพื่อการบังคับใช้กฎหมาย

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

การศึกษาวิจัยเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้กำหนดวิธีการศึกษาวิจัย โดยใช้วิธีการวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาและวิเคราะห์เอกสาร ได้แก่หลักกฎหมายของต่างประเทศในเรื่องการแฝงตัว (Undercover Operation) พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ.2550 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 กฎ ระเบียบต่างๆ ประกอบกับหนังสือ ตำรา บทความ วารสาร กฎหมาย วิทยานิพนธ์ เอกสารวิจัยที่เกี่ยวข้องต่างๆทั้งประเทศไทยและต่างประเทศ โดยมุ่งศึกษาถึงเนื้อหาของกฎหมาย สภาพปัญหาและมาตรการในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อให้ทราบถึงสถานการณ์ปัจจุบันเกี่ยวกับการใช้มาตรการแฝงตัว
2. เพื่อให้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการแฝงตัว
3. เพื่อให้ทราบถึงมาตรการแฝงตัวตามกฎหมายต่างประเทศ
4. เพื่อให้ทราบถึงปัญหาการใช้มาตรการแฝงตัวโดยเจ้าพนักงานของรัฐแอบลักลอบ

เข้าไปปะปนอยู่กับกลุ่มอาชญากรตักจนทำให้ฝ่ายรัฐได้มาซึ่งข้อมูลและพยานหลักฐานในการกระทำความผิดตามหลักเกณฑ์สากลของประเทศในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยหลักกฎหมายของประเทศเยอรมนี โดยศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย

จารีตประเพณี ของประเทศสหรัฐอเมริกาและมลรัฐเซาท์ออสเตรเลีย กับกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติของประเทศไทย เพื่อนำมาใช้ช่วยให้การสอบสวนในวิธีการแฝงตัวไม่เป็นการละเมิดสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง



บทที่ 2

การบังคับใช้มาตรการแฝงตัวตามกฎหมายปัจจุบัน

บทนี้จะได้กล่าวถึงสถานการณ์ปัจจุบันเกี่ยวกับการใช้มาตรการแฝงตัว โดยจะกล่าวถึง มาตรการแฝงตัวที่มีอยู่ในกฎหมายไทย ความหมายของการใช้มาตรการตามกฎหมายไทย อำนาจ ในการออกคำสั่งให้ดำเนินการแฝงตัว ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับมาตรการแฝงตัวตามกฎหมาย ไทย ปรากฏรายละเอียดดังนี้

2.1 ความหมายของมาตรการแฝงตัวตามกฎหมายไทย

มาตรการแฝงตัว (Undercover Operations) เป็นการดำเนินการซึ่งเจ้าพนักงานตาม กฎหมายใช้วิธีการปิดบังตัวตนตัวตนที่แท้จริงของตนเอง ตั้งแต่การใช้เอกสารแสดงตนปลอม เช่น บัตรประจำตัวประชาชนปลอม หนังสือเดินทางปลอม รวมทั้งการแสดงอาชีพและสถานะซึ่งไม่เป็น ความจริง ให้เข้ากับสถานการณ์และสิ่งแวดล้อม เพื่อลอบแฝงตัวเข้าไปในองค์กร ขบวนการ หรือ กลุ่มของอาชญากรผู้กระทำความผิด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาข้อมูลข่าวสาร ข้อเท็จจริง และ พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อกฎหมายในองค์กรอาชญากรรม ในกรณี ดังกล่าวเจ้าพนักงานจะไม่เปิดเผยตัวตนจะรวบรวมข้อมูลและพยานหลักฐานที่ได้มาส่งเป็นรายงาน ให้ผู้รับผิดชอบทราบ Elizabeth E. Joh¹ ได้อธิบายว่า การก๊อปปี้แฝงตัว (undercover work) เป็นภารกิจ ที่ตำรวจใช้กลอุบายมากกว่าภารกิจปกติ กล่าวคือ เป็นการปกปิดมิให้ผู้ต้องสงสัยทราบถึง วัตถุประสงค์และตัวตนที่แท้จริงของตำรวจ¹ เจ้าหน้าที่ต้องใช้ปฏิภาณไหวพริบ ความถนัด ความรู้ ประสบการณ์ด้านการสอบสวนเข้าปฏิบัติการลับโดยการอำพรางตัวและสถานภาพ รวมทั้งสร้าง เรื่องหรือสถานการณ์ลวงให้กับคนร้ายหรือผู้ต้องสงสัยจะเป็นผู้กระทำความผิดหรือผู้ที่เกี่ยวข้องหลงเชื่อ เพื่อให้ได้รับข้อมูลข่าวสารที่สามารถระบุตัวคนร้ายหรือพฤติการณ์ในการกระทำความผิด และเพื่อ

¹ Joh, E. E., "Breaking the Law to Enforce It: Undercover Police Participation in Crime," Stanford Law Review, p. 161.

รวบรวมพยานหลักฐานในการดำเนินคดีกับผู้ที่เกี่ยวข้อง โดยมีการดูแลควบคุมการปฏิบัติการโดยเจ้าหน้าที่คุ้มกันและทีมงานสอบสวนในช่วงระยะเวลาที่กำหนด²

การแฝงตัวอาจทำได้ทั้งระยะยาวและระยะสั้น โดยการแฝงตัวระยะสั้นเป็นกรณีที่เจ้าพนักงานแฝงตัวเข้าไปเพื่อสอบสวนเรื่องที่ไม่มีความสลับซับซ้อนซึ่งสามารถล่วงรู้ข้อมูลได้รวดเร็ว ส่วนการแฝงตัวระยะยาวเป็นปฏิบัติการที่ใช้กับเรื่องที่มีความสลับซับซ้อนที่ต้องมีการแฝงตัวเข้าไปอยู่ในองค์กรเป็นเวลานานเพื่อให้เกิดความไว้วางใจ การแฝงตัวอาจใช้กับอาชญากรรมที่เกิดขึ้นครั้งหนึ่ง ๆ ซึ่งเรียกว่า การแฝงตัวชั่วคราวหรือคราวเดียว (shallow undercover) ซึ่งหมายถึง การปฏิบัติการแฝงตัวอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นครั้งคราวชั่วระยะเวลาหนึ่งหรือซึ่งสามารถดำเนินการได้แล้วเสร็จในคราวเดียว หรืออาจเป็นการแฝงตัวที่มีระยะเวลานาน คือ การปฏิบัติการแฝงตัวของเจ้าหน้าที่ต้องเข้าไปคลุกคลีกับอาชญากรเกือบจะถาวรเลยทีเดียว ทั้งนี้เพื่อให้ได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับระดับชั้นของผู้ร่วมองค์กร การแบ่งหน้าที่และสายการบังคับบัญชาที่มีการปกปิดที่มีความสลับซับซ้อน โดยเจ้าหน้าที่แฝงตัวต้องสร้างความไว้วางใจความเชื่อถือแก่องค์กรจึงจะได้รับมอบหมายภารกิจสำคัญที่สามารถล่วงรู้ความลับขององค์กรได้ พวกเขาต้องร่วมทำอาชญากรรมต่างๆ เช่น ขายยาเสพติด ให้ชนหญิงและเด็กเพื่อการค้าประเวณี การขนอาวุธสงคราม ขโมยของ เป็นต้น³

ผู้ปฏิบัติการอำพรางอาจจำเป็นต้องกระทำความผิดร่วมกับคนร้าย จึงต้องมีกฎหมายให้ความคุ้มครองมิให้ผู้นั้นต้องถูกดำเนินคดีเมื่อถูกจับกุม กฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานในการอำพรางตัวจึงต้องบัญญัติรับรองและให้ความคุ้มครองแก่เจ้าพนักงานที่ปฏิบัติการอำพรางและในขณะเดียวกัน ต้องรับรองพยานหลักฐานที่เจ้าพนักงานได้มาเนื่องจากการปฏิบัติการดังกล่าวว่าเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้⁴

² สุรพล ไตรเวทย์, การสอบสวนคดีพิเศษ, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547), น. 128; อมเรศฤทธิ์ วัฒนวิบูลย์, การสืบสวนคดียาเสพติดโดยวิธีการอำพรางและวิธีการส่งมอบยาเสพติดภายใต้การควบคุม, เอกสารประกอบการประชุมคณะกรรมการยกย่องกระทรวงออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ.2550, น. 61.

³ Amy Chang Lee, "The United States' Experience in the Investigation and Prosecution of Transnational Organized Crime," in Resource Material Series No. 73, ed. Grace Lord (Fuchu, Tokyo: UNAFEI, 2007), p. 13-14.

⁴ ชาญณรงค์ ปราณิจิตต์, คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ.2550, (จัดพิมพ์โดยสำนักงานศาลยุติธรรม, 2551), น.11.

การแฝงตัวอาจทำได้โดยใช้สายลับ คือ บุคคลที่เข้าถึงเป้าหมายหรือข่าวสารที่ต้องการ แต่สายลับมิได้เป็นเจ้าหน้าที่รัฐที่ผ่านการฝึกฝนอบรมทั้งในด้านหลักเกณฑ์การปฏิบัติการแฝงตัว และในด้านจริยธรรม การปฏิบัติการอาพรางจึงต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของเจ้าพนักงาน โดยมากสายลับมักเข้ามาให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่เพื่อผลประโยชน์บางอย่าง เช่น แลกกับการไม่ถูกจับ ดำเนินคดี การลดโทษ สนิบนนำจับ เป็นต้น⁵

จากความเห็นของนักวิชาการข้างต้น อาจสรุปได้ว่าการปฏิบัติการแฝงตัว หมายถึง การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่แฝงตัวผู้บังคับใช้กฎหมายวิธีเข้าไปปฏิบัติสัมพันธ์กับผู้เป็นเป้าหมายเป็นระยะเวลายาวนานโดยใช้กลอุบายหรือโดยปกปิดตัวตนของบุคคลนั้นว่ามีเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายหรือมิได้ทำงานให้เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย และโดยปกปิด วัตถุประสงค์เพื่อการสืบหาตัวตนและพยานหลักฐานเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดเพื่อจับกุม

มาตรการแฝงตัวเป็นมาตรการที่แตกต่างจากการล่อซื้อ ซึ่งเป็นวิธีการที่เจ้าพนักงานตำรวจปลอมตัวเข้าไปซื้อขายสินค้าหรือบริการที่ผิดกฎหมายนั้นเสียเอง เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการดำเนินคดีจากการกระทำความผิดอาญาบางอย่างที่เป็นการกระทำความผิดที่มีการปกปิดการกระทำ เป็นความผิดไม่มีผู้เสียหายที่จะยืนยันการกระทำความผิดจึงเป็นการยากที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะทราบถึงการกระทำความผิดดังกล่าว เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด สลากกินรวม การซื้อบริการจากหญิงโสเภณี ซึ่งผู้กระทำความผิดมักแอบกระทำโดยลับ ทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานจากการกระทำความผิดและจับตัวผู้กระทำความผิดได้ยาก⁶

Black's Law Dictionary ได้อธิบายว่า การล่อซื้อ (sting) หมายถึง การปฏิบัติการอาพรางที่เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย (law enforcement agents) ทำที่เป็นอาชญากรเพื่อจับกุมอาชญากรที่แท้จริงขณะกระทำผิดกฎหมาย⁷

ศาสตราจารย์ Graeme R. Newman ได้อธิบายว่า การปฏิบัติการล่อซื้อ (sting operations) ประกอบด้วย 4 องค์ประกอบพื้นฐาน ดังต่อไปนี้

⁵ Justice, Canada Department, "Assessing the Effectiveness of Organized Crime Control Strategies: A Review of the Literature

⁶ อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เดือนตุลา, 2558), น. 226.

⁷ Garner, B. A., Black's Law Dictionary, p. 1550.

1. โอกาสหรือการล่อลวง (enticement) ให้ประกอบอาชญากรรม โดยโอกาสหรือการล่อลวงนั้นเกิดขึ้นหรือเอื้ออำนวย (exploited) โดยตำรวจ

2. เป้าหมายที่น่าจะเป็นผู้กระทำความผิดหรือกลุ่มผู้กระทำความผิดในอาชญากรรมชนิดใด โดยเฉพาะ

3. เจ้าหน้าที่ตำรวจหรือสายของเจ้าหน้าที่ตำรวจ (surrogate) ที่อำพรางตัวหรือซ่อนตัวหรือการใช้กลอุบาย (deception) อย่างหนึ่งอย่างใด

4. การจับกุมอย่าง “คาหนังคาเขา” (gotcha) ในตอนจบของการปฏิบัติการ⁸

ศาสตราจารย์ Bruce L. Hay ได้อธิบายว่า การปฏิบัติการล่อซื้อ (sting operation) หมายถึง การดำเนินการช่วยเหลือ (effort) ใด ๆ โดยผู้มีอำนาจ (authorities) เพื่ออำนวยความสะดวก (encourage) แก่การกระทำความผิดโดยมีเจตนาเพื่อลงโทษความผิดที่เกิดขึ้นนั้น โดยปกติ การปฏิบัติการล่อซื้อนั้นจะกระทำโดยบุคคล (agents) ซึ่งแฝงตัว (undercover) กล่าวคือ ปกปิดข้อเท็จจริงว่าเขาทำงานให้ผู้มีอำนาจ โดยบุคคลนั้นอาจเป็นตำรวจที่ปลอมตัวเป็นประชาชน หรืออาจเป็นประชาชนซึ่งมักหวังผลประโยชน์จากการได้รับโทษน้อยลงที่แอบทำงานเป็นสายลับให้รัฐบาลก็ได้⁹

อาจารย์อรุณพ ลิขิตจิตตะ และคณะ ได้อธิบายว่า การล่อซื้อเป็นวิธีการสืบสวนประเภทหนึ่งเพื่อให้ได้พยานหลักฐาน โดยผู้กระทำความผิดบางประเภทจะไม่มีติดต่อกับบุคคลที่ตนไม่รู้จัก ไม่มีความสัมพันธ์ หรือไม่เคยเป็นลูกค้ายกก่อนเพราะอาชญากรรมบางประเภทจะจำกัดเพียงผู้ใช้บางประเภทเท่านั้น เช่น ยาเสพติด หลีกเลี่ยงบริการ อาวุธสงคราม เป็นต้น บางครั้งสิ่งต้องห้ามตามกฎหมายก็ไม่ได้มีการแลกเปลี่ยนโดยใช้เงินตราเท่านั้น อาจแลกเปลี่ยนกับสินค้าอย่างอื่นซึ่งถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็ได้¹⁰

⁸ Newman, G. R., *Sting Operations*. Washington, DC: U.S. Department of Justice, Office of Community Oriented Policing Services, p.11 (2007).

⁹ Hay, B. L., "Sting Operations, Undercover Agents and Entrapment," *Harvard Law and Economics Discussion Paper*, p. 4.

¹⁰ อรุณพ ลิขิตจิตตะ และคณะ. *เทคนิคการสืบสวนสอบสวนพิเศษ : รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์*. (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2548), น. 90.

นายธนา เบญจาทิกุล เห็นว่า การล่อซื้อเกิดขึ้นได้กับความผิดได้บางประเภทเท่านั้น คือ ผู้กระทำความผิดต้องมีสิ่งผิดกฎหมายไว้ในครอบครองเสียก่อน จึงจึงจะดำเนินการล่อซื้อได้¹¹

จากความเห็นของนักวิชาการข้างต้น จึงสรุปได้ว่า การล่อซื้อ หมายถึง วิธีการที่เจ้าพนักงานตำรวจปลอมตัวเข้าไปทำการซื้อขายสินค้าหรือบริการที่ผิดกฎหมายเป็นระยะเวลาสั้นๆ เป็นครั้งคราวเช่น การจำหน่ายยาเสพติด สลากกินรวบ การซื้อบริการจากหญิงโสเภณีเป็นการทำที่เข้าไปซื้อเพื่อลอบบุคคลให้จำหน่ายสิ่งผิดกฎหมายให้ แล้วจบลงไปภายในเวลาที่ได้พยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิด

2.2 มาตรการแฝงตัวที่ปรากฏในกฎหมายไทย

ปัจจุบัน การแฝงตัวเป็นมาตรการบังคับทางอาญาประการหนึ่งซึ่งมีอยู่ตามกฎหมายต่างๆ ได้แก่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 ซึ่งจะได้อธิบายดังต่อไปนี้¹²

2.2.1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรการบังคับทางอาญาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีอยู่หลายประการ คือ การจับ การนำตัว การควบคุม การขัง การค้ำ มาตรการบังคับทางอาญาบางประการ ได้แก่ การจับ การควบคุม การขัง การค้ำ รวมถึงมาตรการแฝงตัว เป็นมาตรการบังคับที่กระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอย่างรุนแรง เพราะเป็นมาตรการบังคับที่กระทบถึงเสรีภาพในการเคลื่อนไหวหรือเสรีภาพในร่างกายและเสรีภาพในเคหสถานของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นมาตรการบังคับชนิดใดต่างก็กระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทั้งสิ้น¹³

ก) การจับ

การจับนั้นเป็นการกระทำขั้นต้นเพื่อจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนไหวร่างกายเปลี่ยนที่ทางของบุคคล ซึ่งเสรีภาพในการเคลื่อนไหวที่ทางของบุคคลนั้น หมายถึง เสรีภาพในการที่จะไป

¹¹ จันทิwa โสมกลิ่ง, การล่อซื้อยาเสพติดของเจ้าหน้าที่ : ศึกษาปัญหาการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2560), น. 83.

¹² ญาดา รัตนอาร์กษา, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษและกรมสอบสวนคดีพิเศษ (DSI), (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง จำกัด), น. 2.

¹³ คณิต ฌ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555), น.271.

ไหนดมาไหนได้โดยปราศจากการถูกจำกัดขอบเขต เสรีภาพดังกล่าวนี้เป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในร่างกายตามรัฐธรรมนูญที่ว่า การจับและการคุมขังจะกระทำมิได้เว้นแต่มีคำสั่งหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ การจับ การควบคุม และการขังเป็นเรื่องเดียวกัน ซึ่งตามปกติจะกระทำได้ก็แต่โดยอำนาจของศาลหรือผู้พิพากษาเท่านั้น การจับหรือการเอาตัวบุคคลไว้ในอำนาจรัฐจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 64 มาตรา 65 และมาตรา 84 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา¹⁴

ข) การควบคุมตัวระหว่างคดี

การควบคุมตัวระหว่างคดี คือ การควบคุมและการขัง ในการดำเนินคดีอาญา อาจมีความจำเป็นที่จะต้องมีการสอบปากคำผู้ต้องหา ในขั้นตอนการส่งฟ้อง ก็ต้องมีตัวผู้ต้องหาส่งศาล เหล่านี้เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวระหว่างคดีโดยตรง กรณีจึงมีความจำเป็นที่รัฐจะต้องเอาตัวบุคคลไว้ในอำนาจรัฐ แม้ว่าผู้ถูกกล่าวหาในปัจจุบันจะเป็นประธานในคดี แต่การใช้มาตรการบังคับของรัฐกับผู้ถูกกล่าวหาที่มีความจำเป็น หากรัฐไม่สามารถใช้มาตรการบังคับกับผู้ถูกกล่าวหาได้เลย การดำเนินคดีของรัฐก็ไม่สามารถกระทำได้ แต่มาตรการบังคับก็ต้องมีการควบคุมด้วยเนื่องจากการควบคุมตัวระหว่างคดีเป็นการจำกัดเสรีภาพในร่างกายหรือเสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางของผู้ถูกกล่าวหา¹⁵

ค) การค้น

การค้นเป็นมาตรการบังคับทางอาญาของรัฐที่เจ้าพนักงานของรัฐเท่านั้นที่มีอำนาจดำเนินการ การค้นเป็นการกระทำที่กระทบถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคล คือ กรณีที่เป็นการค้นสถานที่ การค้นเป็นการกระทำที่กระทบถึงสิทธิของเจ้าบ้าน กรณีที่เป็นการค้นตัวบุคคล การค้นจึงเป็นการกระทำที่กระทบถึงสิทธิส่วนบุคคลหรือเสรีภาพในร่างกาย เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในร่างกาย กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงได้วางกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับการค้นไว้เพื่อความเป็นเสรีนิยมของกฎหมาย¹⁶

2.2.2 พระราชบัญญัติกรมสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547

ในปี พ.ศ. 2545 ได้มีการจัดตั้งกรมสอบสวนคดีพิเศษตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบในการสอบสวนเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องใน

¹⁴ คณิต ฒ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555), น.339-340.

¹⁵ เฟ็งอ้าง, น.353-357.

¹⁶ เฟ็งอ้าง, น.368.

กระบวนการยุติธรรมให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยเฉพาะการสอบสวนคดีที่อาชญากรมีความรู้ ความเชี่ยวชาญในการกระทำความผิดและปกปิดซ่อนเร้นทำลายหลักฐาน เพื่อให้รอดพ้นจากการถูก ตรวจสอบดำเนินคดี และได้กำหนดเทคนิคการสืบสวนสอบสวนเพื่อเป็นมาตรการในการปราบปรามอาชญากรรมที่มีลักษณะพิเศษ¹⁷ มาตรา 27 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 เป็นบทบัญญัติที่อำนาจพนักงานสอบสวนคดีพิเศษแสวงหาพยานหลักฐานโดยวิธีการแฝงตัวเอาไว้ด้วย

ต่อมาได้มีการออกข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษ ว่าด้วยการจัดทำเอกสารหลักฐานและการแฝงตัว พ.ศ. 2555 โดยมีหลักการดังต่อไปนี้

ในหลักปฏิบัติเพื่อการแฝงตัว เจ้าหน้าที่ของกรมสอบสวนคดีพิเศษต้องคำนึงถึงโดยตลอดว่าการปฏิบัติการนี้เกี่ยวข้องกับโดยตรงกับความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ความเป็นอยู่ของครอบครัว รวมถึงความเป็นอยู่ของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานหรือบุคคลผู้แฝงตัว การดำเนินการทุกขั้นตอนตามข้อบังคับนี้จึงต้องเป็นความลับ ข้าราชการและลูกจ้างตามข้อบังคับเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับการดำเนินงานนี้อาจเกิดความเสียหายให้ถือเป็นความผิดทางวินัย¹⁸ การอนุมัติให้บุคคลใดจัดทำเอกสารหรือหลักฐานขึ้นเป็นอำนาจของอธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ หรือรองอธิบดีเป็นผู้อนุญาต ส่วนการอนุมัติให้บุคคลใดเข้าไปแฝงตัวในองค์กร หรือกลุ่มคนใด ให้เป็นอำนาจอธิบดีหรือผู้ได้รับมอบหมาย และให้อธิบดีแต่งตั้งนายทะเบียนควบคุมเก็บข้อมูลไว้เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ¹⁹

2.2.3 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญา พ.ศ. 2550

การสอบสวนในลักษณะสายลับ คือ วิธีการในการสอบสวนวิธีหนึ่ง ซึ่งใช้วิธีปลอมแปลงและอ้างข้อแก้ตัวกลบเกลื่อนต่าง ๆ เพื่อให้ผู้ต้องสงสัยว่าเป็นอาชญากรรมไว้วางใจ ทั้งนี้เพื่อวัตถุประสงค์ ดังนี้

1. เพื่อทราบว่าการกำลังมีการวางแผนเพื่อประกอบอาชญากรรมนั้นแล้วหรือไม่

¹⁷ ฤทธิศรี โชติกเสถียร. “การสืบสวนของเจ้าพนักงานปราบปรามอาชญา พ.ศ. 2550: ศึกษาเฉพาะกรณีการใช้อำนาจอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาอาชญา พ.ศ. 2550.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552, น. 23.

¹⁸ ข้อ 6 ข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐานและการแฝงตัว พ.ศ. 2555.

¹⁹ ข้อ 10 ข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐานและการแฝงตัว พ.ศ. 2555.

2. เพื่อหาพยานหลักฐานแสดงต่อศาล
3. เพื่อให้ทราบผู้เกี่ยวข้องทั้งหมด
4. เพื่อหาของผิดกฎหมายหรือทรัพย์สินที่ถูกขโมย
5. เพื่อกำหนดเวลาที่เหมาะสมสำหรับเข้าจำคุกสถานที่ที่ตัวการชอบมาั่วสุ่ม หรือเพื่อเข้าจับกุมตัวการสำคัญ

ในมาตรา 7 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 ได้ให้อำนาจเจ้าพนักงานในการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดได้

ปัจจุบัน พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 กำหนดวิธีการสืบสวนโดยการอำพรางและการควบคุมยาเสพติดภายใต้การควบคุม โดยวิธีการปฏิบัติการอำพรางมีดังต่อไปนี้

1. การแทรกซึมหรือฝังตัวเข้าไปในหน่วยงานหรือองค์กรอาชญากรรมยาเสพติดอย่างต่อเนื่องและเป็นระยะเวลานาน
2. การล่อซื้อยาเสพติดหรือการปฏิบัติการอำพรางอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นครั้งคราวชั่วระยะเวลาหนึ่ง หรือ
3. การล่อซื้อยาเสพติดหรือการปฏิบัติการอำพรางอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งสามารถดำเนินการได้แล้วเสร็จในคราวเดียว²⁰

การแฝงตัว หรือที่กฎหมายฉบับนี้เรียกว่า “การอำพราง” เป็นเทคนิคการปฏิบัติงานทางการสอบสวนชั้นสูง เป็นการปฏิบัติการเพื่อปกปิดวัตถุประสงค์ที่ต้องการในระหว่างที่ค้นหาความจริงและรวบรวมพยานหลักฐาน ก่อนการสอบสวนจะเสร็จสิ้นจนกระทั่งเมื่อได้ข้อเท็จจริงตามที่ต้องการหรือมีการจับกุม โดยผู้ปฏิบัติจะต้องซื่อสัตย์และมีเหตุผลโดยกระทำตามแนวทางจริยธรรมของเจ้าหน้าที่ตำรวจสอบสวน²¹

ต่อมา ได้มีการออกกฎกระทรวงว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2555 ได้วางหลักเกณฑ์ในการอนุญาตให้มีการจำทำเอกสารหรือหลักฐาน ไว้ในข้อ 11

²⁰ ข้อ 3 กฎกระทรวงว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2555.

²¹ พงศ์พัฒน์ ฉายาพันธ์, ความรู้เบื้องต้นการสืบสวนอาชญากรรม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วันใหม่, 2537), น.193.

เงื่อนไขในการพิจารณาให้ปฏิบัติการอำพราง ซึ่งหลักเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขในการปฏิบัติการอำพรางมี 2 ประการ²² คือ

ประการแรก เมื่อปรากฏว่าเป็นการสืบสวนความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในฐานะผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย หรือมีไว้ครอบครองเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติด หรือสมคบ สนับสนุน ช่วยเหลือ หรือพยายามกระทำความผิด

ประการที่สอง การปฏิบัติการอำพรางจะต้องมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะได้ข้อมูลหรือพยานหลักฐานในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดจากการปฏิบัติการอำพรางและเป็นกรณีจำเป็นอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- 1) เพื่อสืบสวนจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดรายสำคัญหรือผู้ที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากมีข้อมูลเกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดดังกล่าวตามสมควร
- 2) การสืบสวนจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดด้วยวิธีอื่นกระทำได้ยากหรืออาจเกิดอันตรายหรือความเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่
- 3) เพื่อประโยชน์ในการขยายผลการจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่อยู่เบื้องหลัง

2.1.4 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ในมาตรา 46/1 ได้บัญญัติเรื่องการปฏิบัติการแฝงตัว (Undercover Operation) ไว้

ต่อมาได้มีการออกระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ว่าด้วยการจัดทำเอกสารหลักฐานและการอำพรางตน พ.ศ. 2559 โดยมีหลักการดังต่อไปนี้

ในหลักในการปฏิบัติแฝงตัวนั้น เจ้าหน้าที่ของสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินต้องคำนึงถึงโดยตลอดว่า การปฏิบัติการนี้เกี่ยวข้องโดยตรงกับความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ความเป็นอยู่ของครอบครัว รวมถึงความเป็นอยู่ของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงาน หรือบุคคลผู้แฝงตัว จึงให้การดำเนินการทุกขั้นตอนตามข้อบังคับนี้เป็นเรื่องลับ ข้ำราชการและลูกจ้างตามข้อบังคับนี้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับ สถานที่ บุคคล เอกสาร หรือหลักฐาน หรือวิธีการดำเนินการเกี่ยวกับมาตรการนี้จนอาจเกิดความเสียหายให้ถือเป็นความผิดทางวินัย

²² กฎกระทรวงว่าด้วยการปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2555 ข้อ 7.

โดยการอนุมัติให้บุคคลใดจัดทำเอกสาร หรือหลักฐานขึ้นเป็นอำนาจเลขธิการ ส่วนการอนุมัติให้บุคคลใด เข้าไปอำพรางตนในองค์กร หน่วยงาน หรือกลุ่มคนใด ให้เป็นอำนาจเลขธิการ และให้เลขธิการแต่งตั้งนายทะเบียนควบคุมเก็บข้อมูลไว้เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ

2.3 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการแฝงตัวตามกฎหมายไทย

ในหัวข้อนี้ จะได้กล่าวถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการแฝงตัวตามกฎหมายไทย โดยจะนำเสนอปัญหา 3 ประการด้วยกัน ดังนี้

2.3.1 ปัญหาเกี่ยวกับการกระจัดกระจายของบทบัญญัติว่าด้วยมาตรการแฝงตัว

จากการศึกษา ไม่พบว่า มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานใช้มาตรการแฝงตัวปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานในการใช้มาตรการบังคับทางอาญาเพื่อแสวงหาพยานหลักฐาน แต่กลับพบกระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายพิเศษ 3 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติกรมสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญา พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 การบัญญัติมาตรการแฝงตัวไว้ในกฎหมายพิเศษเช่นนี้ แสดงให้เห็นเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องการให้มีการใช้มาตรการแฝงตัวได้กับเฉพาะในคดีพิเศษและคดีฟอกเงินเท่านั้น แต่มิให้ใช้กับคดีประเภทอื่น ๆ อย่างไรก็ตาม หากในอนาคต ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้มีการแฝงตัวในคดีอื่นใดอีก ก็จะต้องร่างกฎหมายพิเศษขึ้นมาใหม่เพื่อให้อำนาจเจ้าพนักงานแฝงตัว ต้องกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขในการแฝงตัวในคดีแต่ละประเภท และต้องกำหนดขั้นตอนการตรวจสอบการใช้มาตรการแฝงตัว ซึ่งก็อาจมีความแตกต่างกันในแต่ละคดี และต้องทำเช่นนี้เรื่อยไปไม่มีที่สิ้นสุด การมีกฎหมายพิเศษจำนวนมากทำให้การใช้กฎหมายมีความยากลำบาก ผู้ใช้กฎหมายต้องเปิดกฎหมายหลายฉบับเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจแฝงตัว จนอาจทำให้การใช้กฎหมายผิดพลาดได้

2.3.2 ขอบเขตในการใช้มาตรการแฝงตัว

ก) องค์กรผู้มีอำนาจอนุญาตให้ใช้มาตรการแฝงตัว

จากที่ได้ศึกษาพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญา พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 พบว่า กฎหมายทั้ง 3 ฉบับ กำหนดให้เป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาในการอนุมัติให้ใช้มาตรการแฝงตัว ทั้ง ๆ ที่มาตรการแฝงตัวเป็นมาตรการที่เจ้าพนักงานของรัฐแอบลักลอบเข้าไปปะปนอยู่กับกลุ่ม

อาชญากรโดยที่อาชญากรเหล่านั้นไม่รู้ตัว จนทำให้ฝ่ายรัฐได้มาซึ่งข้อมูลและพยานหลักฐานที่อาจนำมาดำเนินคดีกับอาชญากรเหล่านั้นได้ เป็นการที่รัฐไปหลอกลใช้ประโยชน์จากอาชญากรเหล่านั้น มาตรการแฝงตัวจึงเป็นมาตรการที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องสงสัยในคดีอาญา โดยเฉพาะสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง (Right against Self-Incrimination) การให้ผู้บังคับบัญชาเป็นผู้อนุมัติให้ใช้มาตรการจึงเป็นการไม่เหมาะสม เพราะขาดการตรวจสอบจากองค์กรภายนอกที่มีภาวะวิสัย โดยยกตัวอย่างจากพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2550 ซึ่งมีการตรวจสอบและควบคุมก่อนการปฏิบัติการอำนาจของตำรวจ ใช้ระบบการขออนุญาตจากตำรวจผู้บังคับบัญชา ซึ่งเป็นเพียงการตรวจสอบและควบคุมภายใน²³ การตรวจสอบควบคุมขณะดำเนินการปฏิบัติการอำนาจไม่มีกลไกการตรวจสอบควบคุมทางกฎหมายอื่น ๆ โดยตรง ในทางปฏิบัติ การตรวจสอบควบคุมขณะดำเนินการปฏิบัติการอำนาจจึงขึ้นอยู่กับ การควบคุมบังคับบัญชาโดยเจ้าหน้าที่หัวหน้าชุดปฏิบัติการอำนาจเท่านั้น การปฏิบัติการอำนาจในชั้นนี้จะมีควมโปร่งใสในน้อยที่สุด

ข) ปัญหาขาดหลักเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขในการใช้มาตรการแฝงตัว

การแฝงตัวเป็นมาตรการบังคับทางอาญาชนิดหนึ่ง การใช้มาตรการนี้จะมีผลไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยรับรองและคุ้มครองเอาไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง แต่การใช้มาตรการแฝงตัวตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติกรมสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 กลับไม่มีหลักเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขในการใช้มาตรการแฝงตัว แต่ให้เป็นดุลพินิจโดยสมบูรณ์ของผู้มีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนด หากเปรียบเทียบกับมาตรการบังคับทางอาญาอื่นที่ปรากฏในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ก็ปรากฏหลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขในการอนุมัติให้ใช้มาตรการเหล่านั้นอย่างชัดเจน กล่าวคือ หลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขในการใช้มาตรการจับ ปรากฏในมาตรา 66 หลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขในการใช้มาตรการค้น ปรากฏในมาตรา 92 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นต้น การที่ไม่มีบทบัญญัติที่พูดถึงเงื่อนไขในการใช้มาตรการแฝงตัวเช่นนี้ ทำให้ผู้มีอำนาจอนุมัติมีดุลพินิจอย่างกว้างขวางมาก ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาตามมาหลายประการ เช่น การใช้มาตรการแฝงตัวไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่อยู่กับร่องกับรอย แกว่งไปแกว่งมา จนทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับคดีความไม่อาจคาดการณ์ล่วงหน้าได้เลยว่า กรณีใดจึงจะสามารถใช้มาตรการแฝงตัวได้

²³ กฎกระทรวงว่าด้วยการปฏิบัติการอำนาจเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2555. ข้อ 11.

บทที่ 3

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการแฝงตัว

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงแนวคิด ทฤษฎีและหลักการสำคัญต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการแฝงตัว ตามกฎหมายต่างๆ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาอาชญากรรม พ.ศ.2550 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 โดยจะกล่าวถึง หลักนิติรัฐกับการบังคับใช้มาตรการบังคับทางอาญา รูปแบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา สิทธิขั้นพื้นฐานที่อาจถูกละเมิดจากการดำเนินคดีอาญา ปรากฏรายละเอียดดังนี้

3.1 หลักนิติรัฐกับการบังคับใช้มาตรการบังคับทางอาญา

ปัจจุบันนานาประเทศส่วนใหญ่ใช้หลักนิติรัฐในการปกครอง คือรัฐให้ความสำคัญกับประชาชน และให้หลักประกันแก่สถานะของบุคคลโดยอยู่ภายใต้กฎหมาย กฎหมายนี้จะผูกการกระทำของรัฐไว้ด้วยกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งกฎเกณฑ์เหล่านี้ส่วนหนึ่งจะกำหนดสิทธิของประชาชน อีกส่วนหนึ่งจะกำหนดไว้ล่วงหน้าถึงหนทางและวิธีการที่ถูกนำมาใช้เพื่อให้บรรลุจุดประสงค์ในการดำเนินการทางปกครองของรัฐ กฎเกณฑ์ทั้งสองชนิดนี้มีจุดมุ่งหมายร่วมกันคือเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐ ทำให้รัฐอยู่ภายใต้กฎหมายที่กฎเกณฑ์ทั้งสองชนิดสร้างขึ้น ด้วยเหตุนี้ ลักษณะเฉพาะของหลักนิติรัฐที่ชัดเจนอันหนึ่งก็คือ ในการปฏิบัติต่อผู้ได้ปกครอง ฝ่ายปกครองจะใช้วิธีการต่างๆ ได้ก็แต่เฉพาะที่มีกฎหมายที่บังคับอยู่ในขณะนั้น เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา อนุญาตไว้เท่านั้น หลักนิติรัฐรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อที่ประชาชนจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่ตนเองต้องการ¹

อย่างไรก็ดี การที่รัฐยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญไม่ได้หมายความว่า รัฐจะยอมให้ประชาชนใช้สิทธิและเสรีภาพของตนกระทำการต่างๆ ได้โดยปราศจากการแทรกแซงใด ๆ จากเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะรัฐมีผลประโยชน์ของส่วนรวม

¹ โภคิน พลกุล และ ชาญชัย แสงวงศ์, หลักกฎหมายมหาชน เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541), น. 55-56.

หรือผลประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ที่จะต้องดำรงรักษาไว้ ในการดำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของส่วนรวมหรือผลประโยชน์สาธารณะ รัฐจำเป็นต้องบังคับให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้หากว่ามีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้กระทำได้และเป็นการทั่วไป กล่าวคือ รัฐไม่เพียงมีบทบัญญัติป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจเกินขอบเขต แต่ต้องมีบทบัญญัติให้มีรัฐบาลที่สามารถรักษากฎหมายและความสงบเรียบร้อยไว้ได้² ดังนั้น กฎหมายจะให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็แต่เพียงเท่าที่จำเป็นในการดำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะเท่านั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่เกินเลยกว่าความจำเป็นแก่การดำรงไว้ซึ่งผลประโยชน์ย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ³

การต้องเข้าไปสืบหาข้อมูลข่าวสาร ข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ ความผิดในองค์กรอาชญากรรมด้วยวิธีการแฝงตัว (Undercover Operation) เพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม เป็นภารกิจหลักของรัฐประการหนึ่งซึ่งเป็นการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนโดยส่วนรวม การที่รัฐจะใช้มาตรการบังคับใดที่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้น จะต้องมียุทธศาสตร์ที่ชัดแจ้งไว้เท่านั้น และการที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้จะต้องเป็นการกระทำที่ได้สัดส่วนและเท่าที่จำเป็นภายใต้กฎหมาย โดยจะต้องมีการคานน้ำหนักอย่างยุติธรรมระหว่างผลประโยชน์ของรัฐที่อาจได้จากการเข้าไปสืบหาข้อมูลข่าวสาร ข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการทำความผิดในองค์กรอาชญากรรม กับสิทธิและเสรีภาพที่อาจถูกกระทบกระเทือนจากการกระทำดังกล่าว การใช้มาตรการดังกล่าวจึงต้องกระทำภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย

ตามหลักนิติรัฐ (Legal State) ไม่เฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนด้วยกันเองเท่านั้นที่จะต้องเป็นความสัมพันธ์ภายใต้กฎหมาย ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐกับประชาชนก็จะต้องเป็นความสัมพันธ์ภายใต้กฎหมายด้วยเช่นกัน จึงได้มีผู้กล่าวว่า ผู้ปกครองที่แท้จริงในนิติรัฐ คือ กฎหมายที่รัฐตราขึ้นโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือการปกครองที่ถือกฎหมายเป็นใหญ่ (The Rule of Law) ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าจะอยู่ในลำดับชั้นสูงหรือต่ำ ก็ไม่สามารถที่จะรุกรานหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ตามอำเภอใจ หากว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะ

² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, นิติรัฐ: หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย ในหนังสือ ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), น. 1-7.

³ เพิ่งอ้าง, น. 3.

เข้าไปปล่่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนคนใดคนหนึ่ง เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นจะต้องแสดงได้ว่า มีกฎหมายฉบับใดให้อำนาจตนกระทำการเช่นนั้น⁴

การดำเนินคดีอาญาเป็นเรื่องของหลักการตรวจสอบ เจ้าพนักงานและศาลต่างมีหน้าที่ จะต้องตรวจสอบค้นหาความจริงในเรื่องที่กล่าวหาโดยปราศจากข้อผูกมัดใด ๆ⁵ การตรวจสอบความจริงส่วนหนึ่งทำได้โดยการสอบสวน ตามมาตรา 2 (11) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา⁶ ซึ่งมีเนื้อหาอยู่ 2 ประการด้วยกัน กล่าวคือ การรวบรวมพยานหลักฐานและการใช้มาตรการบังคับ⁷ ในการดำเนินคดีอาญาของเจ้าพนักงานและศาลเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมอาจจำเป็นต้องใช้มาตรการบังคับทางอาญา (Compulsory Measure) ซึ่งมาตรการบังคับทางอาญาที่ปรากฏในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้แก่ การจับ การค้น การควบคุม และการขัง แต่การใช้มาตรการบังคับทางอาญาดังกล่าวล้วนเป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทั้งสิ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการค้นและการจับที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลรวมไปถึงการที่เจ้าพนักงานมีอำนาจในการ เจาะเลือด ชูดเนื้อเยื่อ ถอนเส้นผม ซึ่งล้วนแต่เป็นมาตรการบังคับทางอาญาทั้งสิ้น⁸ จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมการใช้มาตรการบังคับทางอาญา มิเช่นนั้นการใช้อำนาจดังกล่าวของเจ้าหน้าที่จะทำให้เกิดการใช้อำนาจที่ไร้ขอบเขตและมีการกักขังดูแลไม่ทั่วถึง เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้เป็นเพียงกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการดำเนินคดีอาญาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมเท่านั้นแต่ยังเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย⁹

⁴ไพรัช โดสวัสดี, “การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของปฏิบัติทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 5.

⁵ คณิต ฌ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น. 69.

⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (11)

⁷ คณิต ฌ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น. 422.

⁸ สุรพล ไตรเวทย์, การสอบสวนคดีพิเศษ, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), น.43.

⁹ คณิต ฌ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น. 266-271.

3.2 แนวคิดเกี่ยวกับรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

ทฤษฎีของกระบวนการยุติธรรมที่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปคือทฤษฎีแนวความคิดของศาสตราจารย์ Herbert L. Packer ซึ่งได้อธิบายถึงทฤษฎีของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ส่งผลให้เกิดการจำแนกรูปแบบการบังคับใช้กฎหมายอาญาออกเป็น 2 รูปแบบ คือ รูปแบบการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) และรูปแบบกระบวนการนิติธรรม (Due process Model)¹⁰ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

3.2.1 รูปแบบควบคุมอาชญากรรม (Crime control Model)

รูปแบบการควบคุมอาชญากรรมตั้งอยู่บนพื้นฐานความคิดที่ว่า การควบคุมและปราบปรามการทำความผิดทางอาญาเป็นหน้าที่สำคัญที่สุดขององค์กรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยมองว่าการที่เจ้าพนักงานของรัฐไม่สามารถควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมหรือนำตัวผู้กระทำความผิดมารับโทษตามกฎหมาย เป็นการแสดงให้เห็นถึงระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ไร้ประสิทธิภาพอันส่งผลต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและเสรีภาพของประชาชน ประชาชนที่ปฏิบัติตามกฎหมายกลายเป็นเหยื่อของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ความปลอดภัยของบุคคลและทรัพย์สินของเขาตกลงอย่างรวดเร็ว ดังนั้น เสรีภาพในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะสมาชิกของสังคมก็เช่นกันการเรียกร้อง ในท้ายที่สุดก็คือ กระบวนการทางอาญาเป็นผู้รับประกันเสรีภาพทางสังคม เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์รูปแบบการควบคุมอาชญากรรม กำหนดให้รูปแบบการควบคุมอาชญากรรมต้องให้ความสนใจกับประสิทธิภาพที่กระบวนการทางอาญาดำเนินการกลั่นกรองผู้ต้องสงสัย กำหนดความผิดและรักษาความปลอดภัย การจัดการที่เหมาะสมของบุคคลที่ถูกตัดสินว่ามีความผิดทางอาญา รูปแบบความคิดนี้ให้รัฐใส่ใจกับประสิทธิภาพของกระบวนการทางอาญา¹¹ ประสิทธิภาพของกระบวนการทางอาญา หมายถึง การควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมอย่างเด็ดขาด ตลอดจนต้องมีสถิติการจับกุมผู้กระทำความผิดในอัตราที่สูง และการดำเนินการตามกระบวนการขั้นตอนต่าง ๆ ต้องเป็นไปอย่างรวดเร็วและแน่นอน ขั้นตอนต่างๆ ในกระบวนการทางอาญาจะต้องไม่มีแบบพิธีที่เป็นอุปสรรคต่อการค้นหาข้อเท็จจริง การดำเนินคดีและการพิจารณาพิพากษาคดี¹²

¹⁰ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford, CA: Stanford University Press, 1968), p. 153.

¹¹ Herbert L. Packer, *Two Models of Criminal Procedure* (University of Pennsylvania Law Review, 1852), p. 9-10.

¹² Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford, CA: Stanford University Press, 1968) p. 158-159.

คดีอาญาซึ่งเข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมจะต้องดำเนินการในแต่ละขั้นตอนตามลำดับอันประกอบไปด้วย การสอบสวนก่อนทำการจับกุม การจับกุม การสอบสวนภายหลังการจับกุม การเตรียมคดีเพื่อฟ้องศาล การพิจารณาคดี การพิพากษาลงโทษจำเลย และการปลดปล่อยจำเลย ทั้งนี้ ต้องดำเนินการอย่างรวดเร็วและต่อเนื่อง โดยขั้นตอนข้างต้นเรียกได้ว่าเป็นกระบวนการคัดกรอง (Screening Process) ซึ่งผู้กระทำผิดจะถูกดำเนินการคดีอย่างรวดเร็ว ในทำนองเดียวกัน ถ้าผู้ต้องหาเป็นผู้บริสุทธิ์ก็จะได้รับการปล่อยตัวอย่างรวดเร็ว โดยรูปแบบดังกล่าวยังมีแนวคิดว่าการที่ตำรวจและอัยการใช้อำนาจในการค้นหาข้อเท็จจริงและใช้ดุลพินิจตัดสินความชอบหรือไม่ชอบในขั้นตอนต่าง ๆ นั้น สามารถเชื่อถือได้¹³ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า การบังคับใช้กฎหมายอาญาตามรูปแบบ ดังกล่าวให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานมาก ในขณะที่การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นไปอย่างจำกัด¹⁴

3.2.2 รูปแบบกระบวนการนิติธรรม (Due Process Model)

หากเปรียบเทียบรูปแบบการควบคุมอาชญากรรมเป็นดังสายพาน รูปแบบกระบวนการนิติธรรมก็จะเหมือนกับทางวิ่งวิบากเนื่องจากแต่ละขั้นตอนถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อสร้างความยุ่งยากในการเอาตัวผู้ถูกกล่าวหาไว้ในกระบวนการทางอาญาต่อไป รูปแบบความคิดนี้ไม่ได้ตรงกันข้ามกับรูปแบบควบคุมอาชญากรรมแต่มิได้ปฏิเสธการปราบปรามอาชญากรรม เพียงแต่เชื่อมั่นในโครงสร้างที่เป็นทางการของกฎหมายมากกว่า¹⁵ ในขณะที่รูปแบบการควบคุมอาชญากรรมเชื่อมั่นในกระบวนการค้นหาความจริงและให้ความเชื่อถือกับความสามารถของเจ้าพนักงานผู้ทำหน้าที่สอบสวนและฟ้องคดีอย่างมาก แต่รูปแบบกระบวนการนิติธรรมกลับปฏิเสธการค้นหาความจริงที่ไม่เป็นทางการและกระทำโดยเจ้าพนักงานเนื่องจากมีความเป็นไปได้ที่จะผิดพลาด¹⁶ ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรมนั้นมีเป้าหมายหลักในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยยึดถือหลักกฎหมายเป็นสำคัญ โดยมองว่า การที่ตำรวจและอัยการใช้อำนาจในการค้นหาข้อเท็จจริงและใช้ดุลพินิจตัดสินความชอบหรือไม่ชอบในขั้นตอนต่าง ๆ นั้น ส่วนมากจะกระทำลงในที่รโหฐาน ซึ่งเจ้าพนักงานอาจใช้วิธีการล่อลวง ขู่เข็ญ หรือสร้างพยานหลักฐานขึ้นมาใหม่ได้ จึง

¹⁴ ประธาน วัฒนวาณิชย์, ระบบความยุติธรรมทางอาญา: แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรม, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 9 ฉบับที่ 2, น.150-152.

¹⁵ Herbert L. Packer, Two Models of the Criminal Process, In *Criminal Justice and Crime Control*, Ed. John Muncie (Los Angeles: SAGE Publication, 2007), volume 1 (Vision of Justice).p. 24-25.

¹⁶ Herbert L. Packer, Two Models of the Criminal Process, In *Criminal Justice and Crime Control*, Ed. John Muncie (Los Angeles: SAGE Publication, 2007), volume 1 (Vision of Justice).p. 24-25.

ส่งผลให้การดำเนินการของเจ้าพนักงานขาดความน่าเชื่อถือ ฉะนั้นแล้ว แนวคิดการควบคุมอาชญากรรมจะมีได้มีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง การบังคับใช้กฎหมายอาญาควรยึดถือหลักกฎหมายหรือหลักนิติธรรม (Rule of Law) มากกว่าการควบคุมอาชญากรรม นอกจากนี้ ยังต้องจัดให้มีการพิจารณาคดีหรือการไต่สวนข้อกล่าวหาของผู้ต้องหาหรือจำเลยทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายต่อหน้าองค์กรคณะผู้พิพากษาผู้ซึ่งปราศจากอคติในศาลยุติธรรมอย่างเป็นทางการ และโดยเปิดเผยอีกด้วย¹⁷ ตัวอย่างเช่น บุคคลจะไม่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดอาญาโดยอาศัยเพียงแค่พยานหลักฐานที่ปรากฏเท่านั้น แต่จะมีความผิดก็ต่อเมื่อศาลได้พิจารณาพิพากษาแล้วว่า จำเลยได้กระทำความผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น ทั้งนี้ ศาลต้องพิจารณาแล้วได้ความว่า การดำเนินการต่าง ๆ ของเจ้าพนักงาน เช่น การจับ การค้นและยึด การสอบสวน อายุความ การดำเนินคดีหรือลงโทษซ้ำในฐานความผิดเดียวกัน จัดต้องกระทำลง โดยให้ความคุ้มครองต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไปพร้อมกัน¹⁸ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการบังคับใช้กฎหมายอาญารูปแบบดังกล่าวมุ่งให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างกว้างขวาง ในขณะที่การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานต้องกระทำลงภายใต้หลักกฎหมายหรือหลักนิติธรรม

การบังคับใช้กฎหมายอาญาตามรูปแบบการควบคุมอาชญากรรมและรูปแบบกระบวนการนิติธรรมนั้นต่างมีวัตถุประสงค์ที่เหมือนกัน คือ การดำรงรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของสังคม รูปแบบทั้งสองเพียงมีแนวความคิดเรื่องการบังคับใช้กฎหมายอาญาที่ขัดแย้งกันเนื่องมาจากวิธีการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวมีความแตกต่างกันเท่านั้น¹⁹ เพราะฉะนั้น ในสังคมที่มีการควบคุมอาชญากรรมได้คืออยู่แล้ว จึงควรมุ่งเน้นเรื่องการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ โดยนำเอารูปแบบการบังคับใช้กฎหมายอาญาตามทฤษฎีกระบวนการนิติธรรมมาใช้ ในทางกลับกัน สังคมที่มีการควบคุม

¹⁷ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford, CA: Stanford University Press, 1968). 163-164.

¹⁸ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford, CA: Stanford University Press, 1968). 166-167.

¹⁹ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, *สิทธิของผู้ต้องหาในประเทศไทย ใน สิทธิมนุษยชนและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย*, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และมูลนิธิโครงการตรา สมาคมสังคมศาสตร์ และมนุษยศาสตร์, 2529), น. 5.

อาชญากรรมยังคงขาดไว้ซึ่งประสิทธิภาพ ควรมุ่งเน้นถึงเรื่องการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมอย่างรวดเร็ว โดยนำเอารูปแบบการควบคุมอาชญากรรมมาใช้บังคับ²⁰

นอกจากนี้ แนวคิดเรื่องการบังคับใช้กฎหมายอาญาตามทฤษฎีทั้งสองนั้นต่างก็มีข้อเด่นและข้อด้อยแตกต่างกันออกไป ซึ่งไม่สามารถนำรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งมาใช้เพียงอย่างเดียวได้ ต้องมีการผสมผสานกันของทั้งสองรูปแบบ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพต่อกระบวนการทางอาญาที่เหมาะสม กล่าวคือ ต้องไม่คำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลจนไร้ขอบเขตซึ่งจะส่งผลให้การควบคุมอาชญากรรมไร้ประสิทธิภาพ ในขณะที่เดียวกัน ก็ไม่มุ่งที่จะควบคุมอาชญากรรมจนกระทบถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคล²¹ ดังนั้น การนำเอาตัวแบบมาบังคับใช้ให้เกิดความสมดุลกันให้มากที่สุดย่อมก่อให้เกิดรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ดีและเหมาะสมขึ้นนั่นเอง²²

ความแตกต่างระหว่างความคิดของรูปแบบควบคุมอาชญากรรมและรูปแบบกระบวนการยุติธรรมจึงอยู่ที่วิธีการปฏิบัติ (Procedures) ในทางทฤษฎี ความคิดทางด้านควบคุมอาชญากรรมอาจส่งผลทำให้สังคมยอมรับการปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่บางประการ เช่น การจับกุมที่มีชอบ การสอบสวนโดยใช้วิธีการบังคับขู่เข็ญ และการแฝงตัวหรือวิธีการอื่นใด ส่วนแนวความคิดกระบวนการยุติธรรมเน้นทางด้าน การแสวงหาข้อเท็จจริงที่เชื่อถือได้ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือละเมิดกฎหมาย ศาลจะต้องไม่รับฟังข้อเท็จจริงที่ได้ได้มาจากการแฝงตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐ²³

²⁰ สำนักงานกิจการยุติธรรม, กระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกิจการยุติธรรม, 2552), หน้า 18-19.

²¹ กรกาญจน์ อรุณพลอด, การคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย: ศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างแนวคิดทางกฎหมายและกระบวนการบังคับใช้, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), น. 16-17.

²² กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, ยุทธศาสตร์การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทย, หน้า 16-17.

²³ ประธาน วัฒนวานิชย์, “ระบบความยุติธรรมทางอาญา: แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรม”, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 9 ฉบับที่ 2, น.150-152.

3.3 เป้าหมายของคดีอาญา

คดีอาญามีเป้าหมายอยู่ด้วยกัน 3 ประการ คือ คำตัดสินถึงความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ถูกกล่าวหาที่ (1) ยุติธรรมอันมีความจริงเป็นพื้นฐานรองรับ (Material Justice) (2) เป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Procedural Justice) (3) อันทำให้ความมั่นคงปลอดภัยตามกฎหมายเกิดขึ้นในสังคม (Peace under the Law)

ความยุติธรรมตามเนื้อหาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผู้กระทำความผิดได้รับโทษตามสัดส่วนความชั่วของเขา ทั้งนี้ตามหลักความชั่ว (Principle of Culpability) กระบวนการยุติธรรมจึงต้องการความจริง เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด จึงอาจกล่าวได้ว่า ความจริงเป็นเงื่อนไขของความยุติธรรม

ความยุติธรรมตามรูปแบบ หรือก็คือการที่คดีอาญาดำเนินไปอย่างถูกต้องตามที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้วางหลักเกณฑ์เอาไว้ หลักเกณฑ์เหล่านี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ที่เกี่ยวข้องในคดีและจำกัดการใช้อำนาจของรัฐ ยกตัวอย่างเช่น การที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามักกำหนดว่าการจับบุคคลจะกระทำได้อีกก็ต่อเมื่อมีหมายจับเท่านั้น เมื่อหน่วยงานของรัฐปฏิบัติให้ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด สิทธิเสรีภาพของผู้ที่เกี่ยวข้องก็จะไม่ถูกละเมิด และจะเกิดความยุติธรรมตามรูปแบบขึ้น

ความมั่นคงปลอดภัยตามกฎหมาย ซึ่งมีความหมายว่า เมื่อคดีอาญาได้เริ่มต้นขึ้นแล้ว คดีอาญาจะต้องสิ้นสุดลงในวันใดวันหนึ่ง คู่ความไม่อาจอุทธรณ์หรือฎีกาคำพิพากษาได้อีกต่อไปคำพิพากษาถึงที่สุดนี้เองจะทำให้เกิดความสงบสุขขึ้นในสังคม กล่าวคือ ข้อโต้แย้งทางกฎหมายได้รับการวินิจฉัยโดยศาลแล้ว และความไม่แน่นอนในการใช้กฎหมายได้ถูกขจัดให้หมดสิ้นไปแล้ว นอกจากนั้น ความมั่นคงปลอดภัยทางกฎหมายยังเป็นเกราะป้องกันจำเลยในคดีอาญาให้พ้นจากการถูกดำเนินคดีอาญาซ้ำในเรื่องเดิม ซึ่งอาจกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพและสถานะทางสังคมของเขารุนแรง เขาก็จะสามารถใช้ชีวิตในอนาคตของเขาได้อย่างมั่นคง ไม่ต้องกังวลว่าจะถูกฟ้องในเรื่องเดิมอีกในอนาคต รวมทั้งประชาชนในสังคมก็จะเข้าใจผ่านการใช้กฎหมายของศาลในคำพิพากษาว่า การกระทำแบบใดที่กฎหมายมองว่าไม่ถูกต้อง เพื่อเขาจะสามารถกำหนดความประพฤติของเขาให้สอดคล้องกับกฎหมายได้²⁴

มาตรการแฝงตัวเป็นการดำเนินการเพื่อรวบรวมพยานข้อมูล ข้อเท็จจริง และพยานหลักฐาน อันจะทำให้ความจริงแท้ปรากฏขึ้น แต่การดำเนินการดังกล่าวก็จะทำโดยปราศจากขอบเขตจนไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไม่ได้

²⁴ กรรณิภรณ์ โกมลารชุน, “วัตถุแห่งคดีในคดีอาญาคืออะไร,” วารสารกระบวนการยุติธรรม, เล่มที่ 2, ปีที่ 7, น. 5-7, (พฤษภาคม-สิงหาคม 2557).

3.4 มาตรการบังคับทางอาญาในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรการบังคับทางอาญา (Criminal Sanction) หมายถึง มาตรการบังคับต่าง ๆ ในกฎหมายอาญาที่จะใช้กับผู้กระทำความผิด ได้แก่ โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่น²⁵

มาตรการบังคับ (Compulsory Measures) คือเครื่องมือในการดำเนินคดีอาญาที่สำคัญและจำเป็นต้องมีเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานมาดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิด เพราะหากขาดมาตรการบังคับโดยสิ้นเชิงแล้ว การดำเนินคดีอาญาก็ย่อมไม่อาจกระทำได้ แล้วจะต้องมีการควบคุมการใช้มาตรการบังคับควบคุมกันไปด้วย²⁶

การใช้มาตรการบังคับทางอาญา ไม่ว่าจะเป็นการจับ การค้น การขัง รวมถึงการแฝงตัวเป็นไปเพื่อการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อค้นหาความจริงในคดี แต่การใช้มาตรการบังคับทางอาญาดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่เกี่ยวข้อง เช่น การละเมิดเสรีภาพในการเคลื่อนไหวร่างกาย สิทธิในเคหสถาน ความสมบูรณ์ของร่างกาย ซึ่งอาจเกิดจากการเจาะเลือดไปตรวจ การขูดเนื้อเยื่อ ถอนเส้นผม เส้นขน ละเมิดสิทธิในการตัดสินใจอย่างเป็นอิสระในเรื่องข้อมูลส่วนตัว และสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฎิปักษ์ต่อตนเอง²⁷ การใช้มาตรการบังคับจึงต้องกระทำด้วยความระมัดระวังไม่ให้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินขอบเขต

ในเมื่อการแฝงตัวเป็นมาตรการบังคับทางอาญาประเภทหนึ่งไปกระทบถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเช่นเดียวกับมาตรการบังคับทางอาญาชนิดอื่น ๆ จึงจำเป็นต้องมีการตรวจสอบและควบคุมการใช้มาตรการบังคับด้วย การแฝงตัวเป็นวิธีการหนึ่งที่เจ้าพนักงานสอบสวนที่ได้ทำการแฝงตัวเข้าไปในองค์กรอาชญากรรมที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ระบบเศรษฐกิจ และสังคม ฯลฯ เพื่อต้องการเข้าไปสืบหาข้อมูลข่าวสาร ข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อกฎหมายในองค์กรอาชญากรรมเหล่านี้

การดำเนินคดีอาญาจำเป็นต้องมีการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้บุคคลที่อาจถูกกระทบกระเทือนจากการดำเนินคดีอาญาอาจเป็นผู้ถูกกล่าวหาหรือบุคคลอื่น อย่างไรก็ตามการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะต้องมีของเขต ในการที่จะใช้มาตรการบังคับ (Compulsory measures) ได้ได้นั้น โดยปกติต้องมีหมาย (Warrant) เพื่อการใช้มาตรการ

²⁵ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2551), น.377.

²⁶ เพิ่งอ้าง, น.226.

²⁷ กรรภิรมย์ โกมลารชุน, “ทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางอาญา : ศึกษาเฉพาะการควบคุม,” วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, ฉบับที่ 1, ปีที่ 10, น. 4, (มิถุนายน 2561).

บังคับนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือหมายเป็นเครื่องแสดงถึงอำนาจในการใช้มาตรการบังคับ²⁸ การแฝงตัวถือเป็นมาตรการบังคับชนิดหนึ่งที่ไม่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

3.5 สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่อาจถูกล่วงละเมิดจากการดำเนินคดีอาญา

3.5.1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity)

นักกฎหมายเยอรมัน Guenter Duerig ได้อธิบายคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ว่า มนุษย์ทุกคนเป็นมนุษย์โดยอำนาจแห่งจิตวิญญาณของเขาเอง ซึ่งทำให้เขาแตกต่างจากความเป็นอยู่ในสถานะธรรมชาติที่ปราศจากความเป็นส่วนบุคคล และการทำให้บรรลุเป้าหมายภายในขอบเขตของบุคคล และการทำให้บรรลุเป้าหมายภายในขอบเขตส่วนบุคคลนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับ การตัดสินใจของบุคคลนั่นเองในอันที่จะกำหนดเอง และในการสร้างสภาพแวดล้อมของตนเอง โดยสาระสำคัญในเรื่องดังกล่าวประกอบไปด้วย สิทธิในชีวิตร่างกายและสิทธิที่จะได้รับความเสมอภาค²⁹

J.M. Wintich ได้อธิบายไว้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมีลักษณะที่อยู่เหนือบทบัญญัติของกฎหมายและมีอยู่ก่อนการบัญญัติรัฐธรรมนูญ โดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นผู้สร้างศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ขึ้นมา แต่เขาพบสิ่งนี้อยู่ก่อนแล้วและยอมรับปฏิบัติซึ่งให้การเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งก็คือเป็นการแสดงความยุติธรรมด้วย การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงมีคุณค่าสูงสุดในรัฐธรรมนูญของนานาประเทศและได้รับการยอมรับว่าเป็นบรรทัดฐานขั้นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การสร้างสังคมจากเสรีชนที่มีความเป็นอิสระในตัวของตนเอง โดยเริ่มจากการเปลี่ยนแปลงหรือร่วมกันทำงานเพื่อประโยชน์ของส่วนร่วมเพื่อให้ความเป็นมนุษย์เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมสังคม จึงต้องยอมรับว่าสมาชิกแต่ละคนในสังคมมีความเสมอภาคและมีคุณค่าของตนเอง มนุษย์ที่อยู่ในสังคมจึงยังคงมีเป้าหมายในการดำเนินชีวิตของตนเอง ไม่อาจตกมาเป็นเครื่องมือของสังคมหรือลดคุณค่าของชีวิตมาอยู่ในลักษณะที่เป็นเพียงวัตถุของวิชิพิจารณาความ มนุษย์ควรเป็นส่วนหนึ่งของสังคมและการอยู่ในสังคมอย่างสมศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น บุคคลทุกคนในสังคมจะต้องเคารพในศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ซึ่งกันและกัน³⁰

²⁸ คณิต ฒ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น. 217.

²⁹ Duerig, Grundgesetz-Kommentar, Art.1, Abs.1, Rdnr.17. อ้างใน บรรเจิด ลิงคเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น. 90-91.

³⁰ กมลชัย รัตนสกววงศ์, พื้นฐานความรู้หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), น.129.

Klaus Stern ได้สรุปสาระสำคัญของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” หมายถึง คุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะเป็นคุณค่าที่มีความผูกพันกับมนุษย์ซึ่งบุคคลในฐานะมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่คำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือคุณสมบัติอื่น ๆ ของบุคคล ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เคยวินิจฉัยในคดี KPD-Urteil เกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยอธิบายว่า เป็นการเรียกร้องการสร้างตนเองอย่างอิสระของปัจเจกบุคคลในรัฐเสรีประชาธิปไตย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถือว่ามีค่าสูงสุด เป็นสิ่งที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ เป็นสิ่งที่ต้องให้ความเคารพและต้องได้รับความคุ้มครองจากรัฐ การไม่อาจล่วงละเมิดได้ในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นการรับรองถึงการคุ้มครองจากการแทรกแซงในส่วนบุคคล³¹

จึงสรุปได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะสืบเนื่องจากความเป็นมนุษย์ และเป็นคุณค่าที่มีอยู่ในมนุษย์ทุกคนโดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขใด ๆ ไม่ว่าจะ เป็นเชื้อชาติ ศาสนา เพื่อให้มนุษย์มีอิสระในการพัฒนาและรับผิดชอบตนเอง โดยถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวประกอบด้วยรากฐานที่สำคัญ 2 ประการ คือ สิทธิในชีวิต ร่างกาย และสิทธิที่จะได้รับความเสมอภาค

สิทธิในชีวิตและร่างกาย เป็นสิทธิที่ติดตัวปัจเจกบุคคลมาตั้งแต่เกิด เป็นสิทธิที่มีอยู่ในสภาวะธรรมชาติไม่อาจถูกพรากไปจากบุคคลได้ และเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการดำรงอยู่ของมนุษย์ และแสดงให้เห็นว่ามนุษย์มีอิสระที่จะกำหนดตนเองได้ตามที่เจตจำนงที่ตนต้องประสงค์ ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิในชีวิตและร่างกายของปัจเจกบุคคล บุคคลแต่ละคนจึงต้องเคารพขอบเขตส่วนบุคคลของแต่ละคน³²

สิทธิในความเสมอภาค เป็นการแสดงว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ ถึงแม้มนุษย์จะมีสิทธิในชีวิตร่างกายของตน แต่ถ้าหากขาดหลักประกันในเรื่องความเสมอภาค บุคคลนั้นก็อาจได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันกับบุคคลอื่นในสังคมหรืออาจถูกเลือกปฏิบัติจากผู้ใช้อำนาจรัฐ ดังนั้น เพื่อให้มนุษย์สามารถดำรงตนได้อย่างมีศักดิ์ศรีอย่างแท้จริงแล้ว นอกจากปัจเจกบุคคลจะมีสิทธิในร่างกายแล้ว ปัจเจกบุคคลยังต้องมีหลักประกันในเรื่องหลักความเสมอภาคด้วย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถือว่ามีคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะมนุษย์เป็นเป้าหมายของการดำเนินการของรัฐ มนุษย์มิใช่เพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐและการดำรงอยู่ของรัฐนั้นก็ดำรงอยู่เพื่อมนุษย์มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ด้วยเหตุนี้ ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์

³¹ บรรเจิด สิงคนดี, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น. 85.

³² เพิ่งอ้าง, น. 89.

จึงถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับการวางรากฐานของหลักเสรีภาพของบุคคลและหลักความเสมอภาค ดังที่ทราบกันทั่วไปว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นสิทธิที่ไม่อาจจำหน่ายโอนกันได้และเป็นสิทธิที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้³³

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นมูลฐานหนึ่งของหลักสิทธิมนุษยชน มีนัยสำคัญ 2 ประการ คือ³⁴

ประการแรก คือ ธรรมชาติของมนุษย์ กล่าวคือ ลักษณะที่แท้จริงของมนุษย์ที่เกี่ยวกับสภาพจิตใจและความต้องการจำเป็นที่จูงใจมนุษย์ทำการใด ๆ ในทางทฤษฎี มนุษย์น่าจะเป็นอย่างเดียวกันไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด แต่ในทางปฏิบัติ พฤติกรรมของมนุษย์อยู่ภายใต้อิทธิพลของสังคมและวัฒนธรรมด้วย

ประการที่สอง คือ ศีลธรรม อันได้แก่ หลักที่ว่าด้วยความผิชอบชั่วดีที่สังคมกำหนดให้สมาชิกยึดถือ แต่ศีลธรรมในลักษณะที่เป็นสากลนั้นไม่มีปรากฏ นอกจากอนุমানเอาจากส่วนที่กำหนดไว้เหมือนกันในความประพฤติบางเรื่อง ดังนั้น ในการวินิจฉัยว่าพฤติกรรมใดเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่ ต้องพิจารณา 3 ประเด็นคือ 1) สิ่งนั้น ๆ มนุษย์ควรปฏิบัติต่อกันหรือไม่ 2) ความรู้สึกทางด้านจิตใจของสังคมในขณะนั้นสนับสนุนหรือโต้แย้งอย่างไร และ 3) แนวทางที่สังคมอื่นที่มีประสบการณ์มาก่อนเป็นข้อพิจารณาประกอบ

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพด้านต่าง ๆ ของประชาชนโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายเพื่อให้ราษฎรแต่ละคนใช้สิทธิเสรีภาพตามใจปรารถนาและดำรงชีวิตอยู่ในสังคมอย่างสมศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560³⁵ ยังให้ความคุ้มครองประชาชนโดยให้องค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย บริหาร หรือตุลาการ จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องถือว่ามนุษย์มิใช่วัตถุแห่งการกระทำของรัฐ หากการใช้อำนาจของรัฐได้กระทำไปในลักษณะที่ทำให้มนุษย์ถูกลดคุณค่าการกระทำของรัฐจะขัดกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถือว่าเป็นพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพหากมีการกระทำอันเป็นการกระทบหรือละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ บุคคลที่ถูกล่วงละเมิดย่อมสามารถที่จะใช้สิทธิเรียกร้องทาง

³³ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น. 90-93.

³⁴ อุดม รัฐอมฤต, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28, (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544), น. 81-82.

³⁵ มาตรา 4 มาตรา 26 และมาตรา 28 วรคแรก

ศาลเพื่อให้รัฐดำเนินการปกป้องคุ้มครองหรือให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้นได้

3.5.2 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

แนวความคิดที่มีบทบาทต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่เป็นรากฐานของความยุติธรรม คือ แนวความคิดในเรื่องที่สิทธิมนุษยชนที่ได้มีส่วนสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลดังนั้น จึงจำเป็นต้องทำความเข้าใจในเรื่องสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพื่อที่รัฐจะได้สามารถใช้อำนาจในการสืบสวนสอบสวน แสวงหาข้อเท็จจริงข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดเพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ ในขณะที่เดียวกันก็สามารถที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนควบคู่กันไปด้วย³⁶

สิทธิ (Right) ตามความหมายทั่วไป หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในชีวิตร่างกาย ส่วนสิทธิตามรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน ในบางกรณี การรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจ รัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ³⁷

เสรีภาพ (Liberty) หมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน กล่าวคือ เสรีภาพเป็นอำนาจอันชอบธรรมที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองแก่บุคคลที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใด ๆ ตามที่เขาต้องการได้โดยอิสระหรือโดยปราศจากอุปสรรคหรือการบังคับขัดขวาง เสรีภาพจึงก่อหน้าที่ตามกฎหมายในการเคารพต่อสิทธิของบุคคลอื่น รัฐและบุคคลอื่นจะต้องเคารพและไม่ไปรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพของเขา³⁸

³⁶ ชานินทร์ กรีวิเชียร, “บทบรรณาธิการ,” บทบัญญัติ, เล่มที่ 20 ตอน 3 กรกฎาคม 2505, น. 767.

³⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 50-51.

³⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), น.22.

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันมีการใช้คำว่า “สิทธิ” และคำว่า “เสรีภาพ” ปน ๆ กันไป เช่น เรียกบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์แต่ละคนพึงมีในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์รวม ๆ กันไปว่า “สิทธิมนุษยชน” (Human Right) ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเรียกบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้แก่บุคคลว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” (Basic Rights) แต่ไม่ว่าจะเรียกสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน สิทธิส่วนใหญ่ไม่ใช่อำนาจของบุคคลที่จะเรียกร้องให้รัฐกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจงให้เกิดประโยชน์แก่ตน แต่มักจะเป็นสิทธิในเสรีภาพ (Right of Liberty) เป็นอำนาจตามกฎหมายในอันที่จะทำการต่าง ๆ โดยปราศจากการรบกวนขัดขวางของรัฐ³⁹ ซึ่งสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นสิ่งคู่กันเพราะความเป็นมนุษย์ย่อมชอบที่จะมีสิทธิเป็นทั้งผู้สร้างและผู้รักษาสีทธิของมนุษยชาติ ทำให้สิทธิและเสรีภาพกลายเป็นสิ่งที่มนุษย์พึงมีพึงได้โดยชอบธรรมอย่างมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ประเทศไทยเองก็ได้มีการตราบทบัญญัติที่เกี่ยวกับคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเช่นเดียวกัน โดยบทบัญญัติดังกล่าวได้แสดงออกผ่านทางบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รวมถึงกฎหมายลำดับรองหลายฉบับด้วยกัน อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่สำคัญอันควรนำมาพิจารณา คือ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 แล้วจะพบว่า ได้ปรากฏบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่สำคัญหลายประการด้วยกัน รวมไปถึงบทบัญญัติอันสำคัญประการหนึ่งที่ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญากล่าวคือ สิทธิในการไม่ถูกจับกุม คุมขัง ตรวจค้นตัว และถูกลงโทษทางอาญาอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในร่างกาย (Right of Personal Liberty) นั้นเอง⁴⁰

³⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น.24-25.

⁴⁰ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, ยุทธศาสตร์การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2545), น. 65

โดยสิทธิในการไม่ถูกจับกุมคุมขัง ตรวจสอบตัว และถูกลงโทษทางอาญาอย่างไม่เป็นธรรม มีองค์ประกอบทั้งสิ้น 5 ประการ อันได้แก่⁴¹

1. บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกาย มาตรา 28
2. การจับกุม การคุมขัง หรือการตรวจค้นตัว จะดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้ มาตรา 28
3. ต้องมีการแจ้งเหตุและข้อหาของการจับกุมแก่บุคคลผู้ซึ่งถูกจับกุมทุกคน มาตรา 29
4. บุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าตนเองเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะถูกศาลพิพากษาว่าบุคคลนั้นได้กระทำความผิดจริงและองค์กระศาลจะถูกทำหน้าที่แทนโดยหน่วยงานอื่นมิได้ มาตรา 29
5. การได้รับโทษจะต้องกระทำตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้และกฎหมายไม่สามารถกำหนดโทษอันมีลักษณะทารุณโหดร้ายได้ตลอดจนจะกำหนดโทษทางอาญาอื่นหลังมิได้เช่นกัน มาตรา 28

ในการใช้อำนาจของรัฐในการแสวงหาพยานหลักฐาน รัฐต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะกระทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบในประชาธิปไตยที่ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้น⁴² การที่เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามขอบเขตและหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดแล้ว เจ้าหน้าที่รัฐยังต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานอย่างรอบคอบ เพื่อมิให้ก้าวล่วงหรือกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในร่างกาย เคหสถาน การติดต่อสื่อสาร หรือสิทธิในความเป็นส่วนตัว รวมถึงสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฎิกิริยาต่อตนเอง

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในกฎหมายระหว่างประเทศ สิทธิส่วนบุคคลได้ถูกกำหนดเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในการที่จะได้รับความคุ้มครองโดยปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติได้กำหนดไว้ในข้อ 12 ความว่า บุคคลย่อมไม่ถูกแทรกแซงโดยพลการในความเป็นอยู่ส่วนตัวในครอบครัว ในเคหสถานหรือการสื่อสาร หรือไม่อาจถูกหลบลู่ในเกียรติยศและชื่อเสียง บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองโดยกฎหมายต่อการก้าวล่วงในสิทธิเช่นนั้น

⁴¹ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 648-649.

⁴² บรรเจิด สิงคนัด, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น. 47.

การปฏิบัติการแฝงตัวกับหลักเกณฑ์ความคุ้มครองสิทธิทางกฎหมายที่สูงกว่าซึ่งก็คือ รัฐธรรมนูญนั้น เป็นการพิจารณาว่าการปฏิบัติการแฝงตัวขัดแย้งกับสิทธิส่วนบุคคล (Privacy Right) ที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองเป็นสำคัญ ในบริบทของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 แม้แต่แต่ละประเทศ อาจมีกฎหมายสูงสุดคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลเหมือนกัน แต่มุมมองในแง่เนื้อหาของสิทธิส่วนบุคคลของแต่ละประเทศอาจมีความหมายและขอบเขตแตกต่างกันได้

ประเทศสหรัฐอเมริกาองสิทธิส่วนบุคคลในแง่ของสิทธิส่วนบุคคลทางกายภาพ (Physical Privacy) และเสรีภาพ (Liberty)⁴³ ที่คุ้มครองเจ้าของเคสสถานจากการถูกก่อวินหรือบุกรุกเข้าไปในเคสสถานนั้น และในแง่ของสิทธิส่วนบุคคลในการตัดสินใจ (Decisional Privacy) อันเป็นสิทธิการมีอิสระในการตัดสินใจที่ปราศจากการแทรกแซงจากรัฐและเป็นที่มาที่สำคัญในการตรวจสอบ ควบคุมการปฏิบัติการแฝงตัวด้วย เนื่องจากเป็นหลักที่จำกัดอำนาจรัฐ มิให้เข้าไปแทรกแซงลักษณะ โดยธรรมชาติของบุคคลที่เป็นเป้าหมายโดยการจงใจ หรือส่งเสริมการกระทำ ความผิดโดยมิชอบ⁴⁴ การปฏิบัติการแฝงตัวจึงไม่ได้ละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลเหมือนการสะกดรอย ด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่มีหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมเข้มงวดกว่า แต่การปฏิบัติการแฝงตัวละเมิดต่อความอิสระในการกระทำของบุคคลและจากความอื้อฉาวของการปฏิบัติการแฝงตัวในกลุ่มเคลื่อนไหวทางการเมืองซึ่งกระทบต่อสิทธิในการแสดงความคิดเห็น ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดหลักเกณฑ์การตรวจควบคุมการปฏิบัติการแฝงตัวในกลุ่มการเมืองต่างๆ เข้มงวดกว่ากรณีทั่วไป รวมถึงการแทรกแซงความสัมพันธ์ที่มีเอกสิทธิ (Privileged Relationship) เช่น ระหว่างแพทย์กับคนไข้ ระหว่างทนายความกับลูกความ เป็นต้น⁴⁵

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สิทธิส่วนบุคคล เรียกว่า สิทธิในบุคลิกภาพ (Rights of Personality) ซึ่งรับรองเสรีภาพในการตระหนักถึงศักยภาพของตนเองในฐานะปัจเจกชน หรือเสรีภาพในการสร้างสรรค์ตนเอง สิทธิส่วนบุคคลของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงถูกมองในแง่ของศักดิ์ศรีของบุคคล (Personal Dignity) ซึ่ง รวมถึง สิทธิในการให้ข้อมูลตนเอง (Right of Informational Self-Determination) อันเป็นสิทธิของบุคคลที่จะทราบว่ารัฐเก็บรวบรวมข้อมูลใดเกี่ยวกับตัวเขาไปและจำกัดอำนาจรัฐในการใช้ข้อมูลเช่นนั้น สิทธิในการให้ข้อมูลตนเองนี้จะไม่ถูกละทิ้งไปโดยปริยายเพียงเพราะบุคคลนั้นให้ข้อมูลแก่บุคคลอื่น หรือเพราะบุคคลนั้นอยู่ในที่

⁴³ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*. p. 505.

⁴⁴ Ibid. p. 512-513.

⁴⁵ Ross, J. E., "Tradeoffs in Undercover Investigations: A Comparative Perspective," *University of Chicago Law Review*. p. 1510.

สาธารณะมิได้อาศัยอยู่ในเคหสถานหรือที่รโหฐานจึงเป็นการคุ้มครองในทุกสถานที่ ดังนั้นการปฏิบัติการแฝงตัวจึงกระทบต่อสิทธินี้เสมอแม้จะเป็นการปฏิบัติการต่อบุคคลเป้าหมายในที่สาธารณะและทำให้ต้องมีการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจการปฏิบัติการแฝงตัวดังกล่าวอย่างเพียงพอโดยหลักเกณฑ์การขออนุญาตต่ออำนาจตุลาการก่อนจึงจะดำเนินการปฏิบัติการได้⁴⁶

ดังนั้น เจ้าหน้าที่งานสอบสวนต้องการเข้าไปสืบหาข้อมูลข่าวสาร ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อกฎหมายในองค์กรอาชญากรรมด้วยวิธีการแฝงตัวโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ (Undercover Operation) นั้น เป็นมาตรการบังคับทางอาญาชนิดหนึ่งอันเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่เป็นส่วนตัว การเข้าไปแฝงตัวเพื่อสืบหาข้อมูลข่าวสาร ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานจึงต้องกระทำภายใต้รัฐธรรมนูญและตามความเสมอภาคที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยอยู่ภายใต้บังคับตามกฎหมายเท่านั้นไม่มีการเลือกปฏิบัติตามที่กฎหมายรับรองสิทธิส่วนบุคคลเอาไว้

3.6 แนวคิดว่าด้วยการตรวจสอบอำนาจรัฐในการบังคับใช้มาตรการแฝงตัว

แนวความคิดในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐในการดำเนินคดีอาญานั้น เป็นไปเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนรวมของรัฐกับประโยชน์ส่วนตัวของประชาชนของรัฐ โดยมีที่มาจากแนวความคิดของ โพรเฟสเซอร์ Herbert L. Packer ที่แยกรูปแบบในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ คือ รูปแบบการควบคุมอาชญากรรม เน้นในการควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมเป็นหลัก โดยการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ไว้กว้างมาก ส่งผลให้เกิดการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และรูปแบบกระบวนการนิติธรรม เน้นในการให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยยึดถือหลักกฎหมาย เป็นก้ำกั้อำนาจของเจ้าหน้าที่ให้ต้องดำเนินการกฎหมายเท่านั้น ทั้งสองรูปแบบนี้ก็ต้องมีการนำมาใช้ให้เกิดความสมดุลกัน เพื่อให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสามารถคุ้มครองผู้บริสุทธิ์และลงโทษผู้ที่ได้กระทำความผิดเพื่อความสงบเรียบร้อยในสังคม จะเห็นได้ว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับการยอมรับว่ามีความสำคัญ โดยเฉพาะสิทธิและเสรีภาพในส่วนที่ถูกกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะปฏิบัติต่อประชาชน ทำให้เกิดแนวความคิดที่จะให้สังคมยอมรับและเคารพในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจนกระทั่งเกิดบทบัญญัติที่ใช้เป็นหลักสากลที่ทุกคนให้การยอมรับและปฏิบัติสืบต่อกันมา ประชาชนที่อยู่ในสังคมที่เจริญแล้วจำเป็นต้องถูก

⁴⁶ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," American Journal of Comparative Law. p. 505-506.

จำกัดสิทธิและเสรีภาพลงในส่วนหนึ่ง เพื่อการอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างสงบเนื่องจากไม่มีกระบวนการยุติธรรมทางอาญาใดที่สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมารับโทษหรือลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพเต็มที่โดยไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนประชาชน ดังนั้นรัฐจึงสามารถใช้อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยโดยกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ รัฐจะต้องกระทำการดังกล่าวภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย

ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจหน้าที่โดยตรงในการตรากฎหมายที่มีโทษทางอาญาดำเนินการตามบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งมีผลทำให้มีการบังคับใช้กฎหมายโดยฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการต่อไป⁴⁷ การติดตามสอดส่องการบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายบริหารและการตรวจสอบถ่วงดุลโดยฝ่ายตุลาการจึงเป็นการควบคุมตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารที่มีประสิทธิภาพ

ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายโดยฝ่ายบริหารที่อยู่ในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย (Law Enforcement Officials) จะต้องสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้โดยเจ้าหน้าที่ต้องมีความเคารพในหลักการดังกล่าวอย่างเคร่งครัด

วิธีการประการหนึ่งที่จะทำให้หลักนิติรัฐ หรือ รัฐที่ปกครองโดยยึดหลักกฎหมาย ซึ่งเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชนและเพื่อป้องกัน หรือแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างมีประสิทธิภาพ ก็คือ การให้ขั้นตอนดำเนินการในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโปร่งใสทุกขั้นตอน (Transparency) เพื่อนำไปสู่การตรวจสอบการใช้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย (Accountability)⁴⁸

การใช้มาตรการแฝงตัวต้องเป็นมาตรการรักษาความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของประชาชน การรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจ การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน และปกป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดอาญา การคุ้มครองสุขภาพอนามัยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น กล่าวคือ การใช้มาตรการแฝงตัวต้องเป็นมาตรการสุดท้ายเมื่อไม่อาจใช้วิธีการปกติในการสอบสวนหรือในการหาแสวงหาข้อเท็จจริงได้ ข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดเฉพาะที่แต่ในกรณีที่จะได้มีหรือจะมีการกระทำความผิดอาญาที่ร้ายแรงเท่านั้น ยิ่งกว่านั้นยังต้องมีระบบการควบคุมการใช้อำนาจ

⁴⁷ กุลพล พลวัน, พัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), น. 133.

⁴⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 543.

ตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างรัดกุม ในการบังคับใช้มาตรการแฝงจะต้องได้รับอนุญาตจากองค์กรที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง เช่น ศาล หรือองค์กรที่มีหลักประกันเช่นเดียวกับศาล ทั้งนี้ต้องมีการกำหนดระยะเวลาที่จะใช้มาตรการแฝงตัว⁴⁹

ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายให้อำนาจในการใช้มาตรการแฝงตัว จึงต้องมีองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งต้องเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจดังกล่าวได้ โดยองค์กรที่ได้รับว่ามีความบริสุทธิ์ ยุติธรรม โปร่งใส ในการใช้ดุลพินิจพิจารณาให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการกระทำที่ต้องละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็คือ ศาล

⁴⁹ กมลชัย รันสกาววงศ์ และ วรพจน์ วิศรุพิชญ์, แนวทางในการร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2540), น.84.

บทที่ 4

มาตรการแฝงตัวในต่างประเทศ

บทนี้จะได้กล่าวถึงมาตรการแฝงตัวตามกฎหมายต่างประเทศ โดยจะได้กล่าวถึงแนวคิดและหลักการสำคัญในการแฝงตัวตามอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 มาตรการแฝงตัวในสหรัฐอเมริกา มาตรการแฝงตัวในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรการแฝงตัวในมลรัฐเซาท์ออสเตรเลีย ออสเตรเลีย เพื่อแสวงหาแนวทางแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับมาตรการแฝงตัว ทั้งแนวทางพัฒนาหรือแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายไทยต่อไป

4.1 แนวคิดและหลักการสำคัญของการแฝงตัวตามอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 (United Nations Convention against Transnational Organized Crime 2000)

อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ องค์กรอาชญากรรม และอาชญากรรมข้ามชาติ ถูกจัดว่าเป็นอาชญากรรมพิเศษ ซึ่งมาตรการสืบหาข้อมูลข่าวสาร ข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานที่มีอยู่เดิมไม่เพียงพอต่อการนำมาใช้ป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงเกิดแนวคิดในการนำเอาเทคนิคการสอบสวนพิเศษมาใช้บังคับกับคดีอาชญากรรมพิเศษ แนวคิดเช่นนี้ได้ถูกบัญญัติรับรองไว้ในอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 (United Nations Convention Transnational Organized Crime 2000) มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศภาคีในการแก้ไขปัญหาอาชญากรรมดังกล่าวโดยอนุสัญญาฯ ประกอบด้วยบทบัญญัติทั้งสิ้น 41 ข้อ เมื่อวันที่ 13 ธันวาคม 2543 ประเทศไทยได้ร่วมลงนามเป็นภาคีอนุสัญญาฯ โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 29 กันยายน 2546 เป็นต้นไป ตลอดจนได้ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 27 ตุลาคม 2556 ที่ผ่านมา

ในอนุสัญญาฯ ข้อสองได้กำหนดนิยามศัพท์ต่าง ๆ ไว้ โดยในข้อ 2 (a) ได้ให้ความหมายของคำว่า “องค์กรอาชญากรรม” ไว้ว่า เป็นกลุ่มที่มีโครงสร้างอันประกอบไปด้วยบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปมารวมกลุ่มกันคงอยู่เป็นช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง และมีวัตถุประสงค์ในการประกอบอาชญากรรมร้ายแรงหนึ่งฐานความผิดหรือมากกว่านั้น หรือประกอบอาชญากรรมในฐานความผิดอื่นใดตามที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ ตลอดจนมีเป้าหมายในการได้มาไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมซึ่งผลประโยชน์ในทางการเงินหรือประโยชน์ในรูปแบบอื่นๆ และในข้อ 2 (b) ได้กำหนดนิยามของคำว่า “อาชญากรรมร้ายแรง” ไว้ว่า เป็นการกระทำความผิดใด ๆ ก็ตามที่มีการกำหนดโทษจำคุกอย่างน้อยสี่ปีหรือโทษอื่นใดที่มีความรุนแรงมากกว่า

นอกจากนี้ ในข้อ 20 ของอนุสัญญาฯ ยังได้วางหลักให้มีการนำเอาเทคนิคการสอบสวนพิเศษ (Special Investigative Techniques) อันได้แก่ การจัดส่งภายใต้การควบคุม (Controlled Deliver) มาตรการแฝงตัว (Undercover Operation) และการเฝ้าติดตามโดยใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Surveillance) มาใช้บังคับเพื่อประโยชน์ในการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติอีกด้วย¹ ทั้งนี้สามารถสรุปถึงสาระสำคัญของอนุสัญญาข้อ 20 ในวรรคต่าง ๆ ต่อไปนี้

วรรคแรก การใช้เทคนิคการสอบสวนพิเศษไม่ว่าจะเป็นการจัดส่งภายใต้การควบคุม มาตรการแฝงตัว หรือการเฝ้าติดตามโดยใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์หรือเครื่องมืออื่น ๆ ต้องกระทำภายใต้กรอบกฎหมายภายในประเทศนั้น ๆ และต้องกระทำด้วยความจำเป็น ความเหมาะสม และเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด ตลอดจนต้องกระทำโดยเจ้าพนักงานผู้ซึ่งกฎหมายได้ให้อำนาจไว้

วรรคสอง ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้เทคนิคการสอบสวนพิเศษในระหว่างประเทศ อนุสัญญานับนี้จะสนับสนุนให้รัฐภาคีจัดทำข้อตกลงระหว่างกัน ทั้งในระดับทวิภาคีหรือพหุภาคี และสามารถนำข้อตกลงดังกล่าวไปใช้บังคับได้อย่างเต็มที่ ทั้งนี้ ภายใต้หลักความเท่าเทียมกันของอำนาจอธิปไตยของรัฐและต้องกระทำการดังกล่าวอย่างเข้มงวดภายใต้ข้อตกลงระหว่างรัฐที่ได้ตกลงกันไว้

¹ United Nations Convention against Transnational Organized Crime Article 20.

4.2 สหรัฐอเมริกา

ในหัวข้อนี้ จะได้กล่าวถึงมาตรการแฝงตัวในสหรัฐอเมริกา โดยจะได้กล่าวถึงกฎหมายเกี่ยวกับการใช้มาตรการแฝงตัว และเงื่อนไขที่อนุญาตให้ใช้มาตรการปฏิบัติการแฝงตัวและองค์กรที่มีอำนาจให้แฝงตัว ดังนี้

4.2.1 กฎหมายเกี่ยวกับการใช้มาตรการแฝงตัว

สหรัฐอเมริกาเป็นหนึ่งในประเทศที่มีอิทธิพลต่อระบบการเมืองและระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ อย่างมาก แม้สหรัฐอเมริกาจะได้รับอิทธิพลมาจากยุโรปตะวันตกอีกทอดหนึ่ง แต่ปฏิเสธไม่ได้ว่านับแต่หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 แนวคิดระบบการเมืองเสรีประชาธิปไตยและแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายของสหรัฐอเมริกามีอิทธิพลต่อหลายประเทศทั่วโลกอย่างมาก ซึ่งรวมถึงแนวคิดการปฏิบัติการแฝงตัวด้วย² สหรัฐอเมริกาจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) แต่เนื่องจากสหรัฐอเมริกามีระบบการปกครองแบบรัฐรวม มีรัฐบาลกลาง (หรือระดับสหพันธรัฐ) และรัฐบาลมลรัฐ แต่ละรัฐจึงมีหน่วยตำรวจของตนเอง ดังนั้น ในการพิจารณาการปฏิบัติการแฝงตัวของสหรัฐอเมริกา จะพิจารณาจากการปฏิบัติการแฝงตัวของสำนักงานสอบสวนกลาง (FBI) ซึ่งถือเป็นตำรวจของรัฐบาลกลางเป็นสำคัญ³

สำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา (Federal Bureau of Investigation หรือ FBI) ก่อตั้งขึ้นเมื่อ ค.ศ.1908 มีภารกิจสำคัญในการปกป้องประเทศจากภัยก่อการร้ายและภัยคุกคามทางด้านข่าวกรองจากต่างประเทศ สนับสนุนและบังคับใช้กฎหมายอาญา ตลอดจนการเป็นผู้นำและรับผิดชอบงานด้านกระบวนการยุติธรรมทางอาญาให้แก่รัฐบาลกลาง ส่วนท้องถิ่น หน่วยงานระหว่างประเทศ และประเทศคู่ค้า⁴ นอกจากนี้ ยังเป็นหน่วยงานซึ่งรับผิดชอบและมีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายกับการกระทำความผิดอาญาที่มีคุณลักษณะสำคัญสองประการ ได้แก่ การกระทำความผิดอาญาที่เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ และการกระทำความผิดอาญาที่เกิดขึ้นในหลายมล

² Ross, J. E., "Tradeoffs in Undercover Investigations: A Comparative Perspective," University of Chicago Law Review, p. 1503.

³ สุรพล ไตรเวทย์, การสอบสวนคดีพิเศษ, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2547), น. 13- 14.

⁴ Federal Bureau of Investigation, "Quick Facts," [Online] Accessed: may5, 2018. Available from: <http://www.fbi.gov/about-us/quick-facts>

รัฐต่อเนืองกัน⁵ และเนื่องจากปัญหาอาชญากรรมที่มีแนวโน้มเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว สภาคองเกรสจึงได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในปี ค.ศ. 1932 เพื่อเพิ่มอำนาจให้แก่สำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา ต่อมาในปี ค.ศ. 1934 สภาคองเกรสได้ทำให้สำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกากลายเป็นองค์กรสอบสวนกลางของรัฐบาลกลางอย่างเต็มรูปแบบ นับแต่นั้นมา สำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาก็ได้มีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบเพิ่มมากขึ้นตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเพื่อปกป้องคุ้มครองพลเมืองของสหรัฐอเมริกา⁶

สำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาคือหน่วยงานที่มีอำนาจโดยตรงในการใช้มาตรการแฝงตัว (Undercover Operations) โดยมีหลักเกณฑ์ปรากฏอยู่ในแนวทางปฏิบัติของอัยการสูงสุดว่าด้วยมาตรการแฝงตัวของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา (The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations)⁷ แนวทางปฏิบัติฉบับดังกล่าวออกโดยอัยการสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา โดยอาศัยอำนาจตามความในประมวลกฎหมายสหรัฐ ลักษณะ 28 มาตรา 509 มาตรา 510 และมาตรา 533 ซึ่งใช้บังคับกับการสอบสวนที่ดำเนินการโดยสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาในคดีอาชญากรรมทั่วไป (General Crimes) องค์กรที่แสวงหาผลประโยชน์จากการกระทำที่ผิดกฎหมาย (Racketeering Enterprise) และองค์กรก่อการร้าย (Terrorism Enterprise) ตามที่กำหนดไว้ใน The Attorney General's Guidelines on General Crimes, Racketeering Enterprise and Terrorism Enterprise Investigations⁸

สหรัฐอเมริกามีหลักการแบ่งประเภทการปฏิบัติการแฝงตัวเพื่อป้องกันอาชญากรรมในอนาคต (Future Crime) กับการปฏิบัติการแฝงตัวเพื่อสอบสวนอาชญากรรมที่เกิดขึ้นแล้ว (Crime-

⁵ สุรพล ไตรเวทย์, การสอบสวนคดีพิเศษ, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547), น. 14.

⁶ เพิ่งอ้าง, น. 16.

⁷ The United States Department of Justice, "The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations," [Online] Accessed: April 19, 2018. Available from: <https://www.justice.gov/archives/ag/undercover-and-sensitive-operations-unit-attorney-generals-guidelines-fbi-undercover-operations>

⁸ Justice, U.S. Department, The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations Preamble.

Solving Operation)⁹ โดยก่อนการใช้การปฏิบัติการแฝงตัวแต่ละครั้ง จะต้องมีความสงสัย (reasonable suspicion) หรือเหตุอันควรเชื่อ (probable cause) ว่ามีการกระทำผิดเกิดขึ้น¹⁰

การบังคับใช้มาตรการแฝงตัวซึ่งเป็นเทคนิคการสอบสวนพิเศษนั้นจำเป็นอย่างยิ่งต่อการการป้องกันอาชญากรรม และการดำเนินคดีอาญาในคดีอาชญากรรมทาง เศรษฐกิจ และการฉ้อราษฎร์บังหลวง การก่อการร้าย องค์กรอาชญากรรม ความผิดเกี่ยวกับสารควบคุม ตลอดจนขอบเขตที่สำคัญอื่นของการสอบสวน การดำเนินการเช่นนี้ย่อมมีความเกี่ยวข้องกับการหลอกลวงและอาจต้องอาศัยความร่วมมือของผู้ปฏิบัติการ นอกจากนี้ ในการบังคับใช้ จะต้องพิจารณาอย่างระมัดระวังและต้องมีการควบคุมตรวจสอบด้วย¹¹

บทบัญญัติที่สำคัญซึ่งปรากฏอยู่ในแนวทางปฏิบัติของอัยการสูงสุดว่าด้วยมาตรการแฝงตัวของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา เฉพาะในส่วนที่ควรนำมาศึกษาพิจารณาประกอบไปด้วย

1. บทนิยามของการแฝงตัว (Undercover Activities) ซึ่งหมายความถึง การค้นหาความจริงโดยอาศัยชื่อปลอม หรือการปกปิดตัวตนที่แท้จริงซึ่งกระทำลงโดยเจ้าหน้าที่ของสำนักงานสอบสวนกลางแห่ง สหรัฐอเมริกา หรือหน่วยงานอื่นที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายในระดับสหพันธรัฐ ระดับมลรัฐ หรือระดับท้องถิ่น ทั้งนี้ โดยทำงานร่วมกันกับสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา¹²

2. มาตรการแฝงตัว (Undercover Operation) หมายความว่า การค้นหาความจริงที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแฝงตัวในช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่งต่อเนื่องกัน ซึ่งกระทำลงโดยเจ้าหน้าที่แฝงตัว ทั้งนี้ ภายใต้วัตถุประสงค์ของแนวทางปฏิบัติฉบับนี้ กิจกรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแฝงตัว โดยทั่วไปจะประกอบไปด้วย การติดต่อสื่อสารที่มีสาระสำคัญระหว่างเจ้าหน้าที่แฝงตัวกับบุคคลผู้ถูกสอบสวนมากกว่า 3 ครั้งขึ้นไป ดังนั้น การปฏิบัติการแฝงตัวมีการ

⁹ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," American Journal of Comparative Law, p. 513.

¹⁰ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," American Journal of Comparative Law, p. 511.

¹¹ Justice, U.S. Department, The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations Introduction

¹² Justice, U.S. Department, The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations section II.A

ติดต่อที่มีสาระสำคัญไม่เกิน 3 ครั้ง ย่อมไม่อยู่ในบังคับของแนวทางปฏิบัติของอัยการสูงสุดว่าด้วยมาตรการแฝงตัวของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา แต่กรณีการดำเนินการแฝงตัวที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมที่ละเอียดอ่อนหรือที่เกี่ยวกับการเงินการคลังนั้น ไม่ต้องพิจารณาถึงจำนวนครั้ง การติดต่อเช่นนั้นในการปฏิบัติการแฝงตัว การติดต่อจะมีสาระสำคัญก็ต่อเมื่อมีการติดต่อสื่อสารกันด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร โทรศัพท์ หรือวิธีอิเล็กทรอนิกส์ที่มีข้อมูลอันเป็นเป้าหมายของการสอบสวน ถ้าเป็นเพียงการติดต่อเล็ก ๆ น้อย ๆ เช่น การสนทนาที่ตกลงเวลาและสถานที่นัดพบครั้งต่อไป ย่อมไม่ใช่การติดต่ออย่างมีนัยสำคัญตามแนวทางปฏิบัติของอัยการสูงสุดว่าด้วยมาตรการแฝงตัวของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา¹³

3. เจ้าหน้าที่แฝงตัว (Undercover Employee) หมายความว่า เจ้าหน้าที่ของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา หรือเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายในระดับสหพันธรัฐ ระดับมลรัฐ หรือระดับท้องถิ่น ซึ่งดำเนินการภายใต้การกำกับดูแลของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาในการสอบสวนพิเศษ โดยการดำเนินการสอบสวนความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่กับสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาคงถูกปกปิดไว้เป็นความลับต่อบุคคลภายนอกด้วยวิธีการอำพรางตัวหรือแฝงตัว นอกจากนี้ การใช้เทคนิคแฝงตัวยังรวมไปถึงการแฝงตัวเป็นผู้มีสิทธิในกิจการทางธุรกิจ (proprietary business entities) ซึ่งสิทธิในกิจการ (Proprietary) อันหมายถึง ความเป็นเจ้าของแต่ผู้เดียว ความเป็นหุ้นส่วน บริษัท หรือสิทธิทางธุรกิจอื่น ๆ ที่ดำเนินการในเชิงพาณิชย์ซึ่งเจ้าของเป็นผู้ควบคุมหรือดำเนินการทั้งหมดหรือบางส่วน โดยเจ้าหน้าที่ของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาและความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาเช่นว่านั้นถูกปกปิดจากบุคคลที่สาม¹⁴

4. มาตรการแฝงตัวร่วม (Joint Undercover Operation) หมายความว่า มาตรการแฝงตัวที่ดำเนินการร่วมกันระหว่างสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาและหน่วยงานที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายอื่น ยกเว้นการมีส่วนร่วมของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาในการ

¹³Justice, U.S. Department, The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations section II.B

¹⁴ The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations section II.C

ให้ความช่วยเหลือด้านการเงิน หรือวัสดุอุปกรณ์ หรือการให้คำปรึกษาทางเทคนิค ไม่จัดว่าเป็นมาตรการแฝงตัวร่วม¹⁵

สำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาอาจเข้าไปมีส่วนร่วมในการแฝงตัวและมาตรการแฝงตัวตามที่แนวทางปฏิบัติฉบับนี้ได้กำหนดไว้ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบของตน อันรวมไปถึงการสอบปากคำเบื้องต้น และการสอบสวนอาชญากรรมทั่วไป กรณีการสอบปากคำเบื้องต้นอาจใช้ในการสอบปากคำถึงความเป็นไปได้ของการกระทำ ความผิดอาญาของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเพื่อพิจารณาว่าควรมีการอนุญาตให้สอบสวนเต็มรูปแบบหรือไม่ ส่วนการสอบสวนอาชญากรรมทั่วไป และเพื่อการสอบสวนอาชญากรรมในเชิงข่าวกรอง ในชั้นการหาข้อมูลเบื้องต้น วิธีการอาจใช้สอบสวนเพื่อประโยชน์ในการป้องกัน และฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาต่อการกระทำความผิด นอกจากนี้ ในกรณีการสอบสวนความผิดอาญา อันได้แก่ การสอบสวนกิจการที่ผิดกฎหมายและกิจการของการก่อการร้าย และการสอบสวนองค์กรอาชญากรรม วิธีการนี้อาจใช้ในการสอบสวนถึงบรรดาสมาชิก แหล่งเงินทุน การหาแหล่งที่ตั้งทางภูมิศาสตร์ การกระทำที่ผ่านมาในอดีตและการกระทำในอนาคต ตลอดจนจุดมุ่งหมายขององค์กร ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการค้นหา การป้องกัน และการฟ้องร้องคดีอาญาต่อองค์กรนั้น แนวทางปฏิบัติฉบับนี้ไม่นำมาใช้บังคับกับการสอบสวนที่ใช้สายข่าว พยานผู้ซึ่งให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ หรือกลุ่มเป้าหมายที่ให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ เว้นแต่การสอบสวนเช่นว่านี้จะมีการใช้ประโยชน์จากเจ้าหน้าที่แฝงตัว อย่างไรก็ตาม สำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาอาจเลือกนำแนวทางปฏิบัติฉบับนี้มาใช้บังคับกับสายข่าวได้ โดยต้องรายงานการดำเนินการดังกล่าวไปยังคณะกรรมการตรวจสอบการแฝงตัว สำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาอาจเข้าร่วมกับหน่วยงานที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายอื่นในมาตรการแฝงตัวร่วม และอาจดำเนินการร่วมกับเจ้าของทรัพย์สินภายในขอบเขตเท่าที่จำเป็นเพื่อรักษาไว้ซึ่งการปกปิดการปฏิบัติการหรือเพื่อประสิทธิภาพของปฏิบัติการมาตรการแฝงตัวร่วม แต่ถ้ามาตรการแฝงตัวร่วมอยู่ภายใต้การควบคุมและกำกับดูแลของหน่วยงานอื่นที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายในระดับสหพันธรัฐและได้รับอนุญาตด้วยมาตรฐานกระบวนการที่เทียบเท่ากับกระบวนการอนุญาตการปฏิบัติการที่มีความละเอียดอ่อนตามแนวทางปฏิบัติของอัยการสูงสุดว่าด้วยมาตรการแฝงตัวของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกานี้ กระบวนการของเจ้าหน้าที่อื่นดังกล่าวอาจถูกนำมาใช้แทนกระบวนการตาม

¹⁵ The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations section II.F

แนวทางปฏิบัติของอัยการสูงสุดว่าด้วยมาตรการแฝงตัวของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา¹⁶ ได้ แต่ในการดำเนินการแฝงตัวหรือปฏิบัติการใด ๆ ที่มีเจ้าหน้าที่แฝงตัวของสำนักงานสอบสวนกลางมีส่วนร่วมอยู่ด้วย ให้นำความในข้อ IV. H คือ การมีส่วนร่วมในกิจกรรมที่ผิดกฎหมายอื่น ๆ ของเจ้าหน้าที่แฝงตัว เช่น เพื่อข้อมูลหรือหลักฐานที่จำเป็นสำหรับความสำเร็จของการสอบสวนและไม่สามารถหาได้โดยไม่ต้องมีส่วนร่วมในกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย และ VI.A-B คือ การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติงานของผู้ปฏิบัติงานได้บังคับบัญชามาใช้บังคับ โดยที่มีต้องพิจารณาว่าหน่วยงานใดเป็นผู้ควบคุมและกำกับดูแลปฏิบัติการดังกล่าว¹⁶

4.2.2 เจื่อนใจที่อนุญาตให้ใช้มาตรการปฏิบัติการแฝงตัวและองค์กรที่มีอำนาจให้แฝงตัว

(ก) เจื่อนใจการปฏิบัติการแฝงตัว¹⁷

เจ้าพนักงานผู้ซึ่งมีอำนาจพิจารณาหรืออนุญาตตามคำร้องขอให้ใช้มาตรการแฝงตัวจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างความเสี่ยงและผลประโยชน์ของการดำเนินการ นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาถึงเหตุดังต่อไปนี้ด้วย กล่าวคือ

1. ความเสี่ยงในการก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคล ความเสียหายทางทรัพย์สิน ความเสียหายทางการเงินต่อบุคคลหรือองค์กรธุรกิจ ความเสียหายต่อชื่อเสียง หรือกษัตริย์ต่อบุคคลประการอื่น
2. ความเสี่ยงต่อความรับผิดชอบทางแพ่ง หรือความเสียหายอื่นของรัฐบาล
3. ความเสี่ยงต่อการละเมิดความเป็นส่วนตัว หรือการแทรกแซงความสัมพันธ์ที่พิเศษหรือที่เป็นความลับ ตลอดจนการละเมิดสิทธิที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น ๆ ได้ให้ความคุ้มครอง
4. ความเสี่ยงของบุคคลผู้ซึ่งมีส่วนร่วมในมาตรการแฝงตัวที่อาจจะเข้าไปเกี่ยวข้องกับกระทำที่ผิดกฎหมายซึ่งต้องห้ามตามความในข้อ IV.H
5. ความเหมาะสมของการมีส่วนร่วมของรัฐบาลในประเภทของการกระทำอันได้รับการคาดการณ์ว่าจะเกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินการ

¹⁶ The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations section III.

¹⁷ The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations section IV.A

(ข) เงื่อนไขการปฏิบัติการแฝงตัวซึ่งต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่พิเศษ (The Special Agent in Charge หรือ SAC)¹⁸

ในการริเริ่ม ขยาย หรือต่ออายุการบังคับใช้มาตรการแฝงตัวซึ่งถูกควบคุมดูแลโดยสำนักงานภาคสนาม (Field Office) ซึ่งเป็นสำนักงานย่อยของสำนักงานสอบสวนกลาง จะต้องได้รับการอนุญาตจากเจ้าหน้าที่พิเศษเท่านั้น นอกจากนี้ การอนุญาตต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และต้องปรากฏข้อเท็จจริงหรือ สถานการณ์ อันได้แก่ การเริ่มต้นทำการสอบสวนในกรณีมีการกล่าวหาว่าได้มีการกระทำความผิดอาญาหรือองค์การอาชญากรรม โดยมีเหตุผลอันสมควร ทั้งนี้ ตามที่ได้กำหนดเอาไว้ในแนวทางปฏิบัติของกระทรวง การบังคับใช้มาตรการแฝงตัวเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานหรือข้อมูลที่จำเป็น รวมไปถึงความสำคัญของการสอบสวนและโอกาสในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานหรือข้อมูลที่จำเป็นซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอาญาหรือองค์การอาชญากรรมที่ถูกกล่าวหา การบังคับใช้มาตรการแฝงตัวจะต้องล่วงล้ำสิทธิของผู้อื่นให้น้อยที่สุดตามความจำเป็นในการรวบรวมพยานหลักฐานหรือข้อมูลภายในเวลาที่กำหนดและกระทำลงอย่างมีประสิทธิภาพ การใช้สายข่าวที่เคยได้รับอนุญาตตามที่กำหนดไว้ในหลักเกณฑ์ของอัยการสูงสุดเกี่ยวกับการใช้ข้อมูลใน The Attorney General's Guidelines Regarding the Use of Informants and Confidential Sources การมีส่วนร่วมของเจ้าหน้าที่แฝงตัวในการกระทำที่ผิดกฎหมายสามารถได้รับการอนุมัติจากเจ้าหน้าที่พิเศษภายใต้อำนาจของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น โดยพิจารณาจากปัจจัยที่ได้บัญญัติเอาไว้ในวรรค IV.H คือ ข้อกำหนดกรณีการเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดกฎหมายของเจ้าหน้าที่แฝงตัว และหากในเวลาขณะนั้นไม่ปรากฏพฤติการณ์ที่มีความละเอียดอ่อนหรือเกี่ยวข้องกับการเงินการคลังตามวรรค C คำสั่งนั้นย่อมมีผล

การบังคับใช้มาตรการแฝงตัวอาจได้รับอนุญาตให้ปฏิบัติการเป็นระยะเวลาไม่เกิน 6 เดือน และสามารถขยายระยะเวลาออกไปได้อีกคราวละไม่เกิน 6 เดือน แต่เมื่อรวมระยะเวลาทั้งหมดเข้าด้วยกันแล้วต้องไม่เกิน 1 ปี และหัวหน้าเจ้าหน้าที่พิเศษอาจมอบอำนาจให้แก่ผู้ช่วยเจ้าหน้าที่พิเศษที่ได้รับมอบหมายในการขยาย หรือต่ออายุการบังคับใช้มาตรการแฝงตัว โดยการมอบอำนาจดังกล่าวต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและเก็บรักษาไว้ในสำนักงานภาคสนาม การบังคับใช้มาตรการแฝงตัวซึ่งต้องได้รับอนุญาตจากสำนักงานใหญ่ของสำนักงานสอบสวนกลางแห่ง

¹⁸ The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations section IV.B

สหรัฐอเมริกา ต้องได้รับการอนุมัติจากหัวหน้าเจ้าหน้าที่พิเศษด้วย แล้วสำเนาอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรทั้งหมดที่อธิบายในข้างต้นจะถูกส่งต่อไปยังสำนักงานใหญ่ของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา

(ค) การดำเนินการซึ่งต้องได้รับอนุญาตจากสำนักงานใหญ่ของสำนักงานสอบสวนกลาง แห่งสหรัฐอเมริกา (FBIHQ)¹⁹

1) สถานการณ์ที่มีความเกี่ยวข้องกับการเงินการคลัง

ในการบังคับใช้มาตรการแฝงตัวที่มีความเกี่ยวข้องกับการเงินการคลัง เจ้าหน้าที่พิเศษจะต้องยื่นคำร้องต่อสำนักงานใหญ่ของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาในกรณีการปฏิบัติการแฝงตัวที่เกี่ยวข้องทางการเงิน เช่น มีการซื้อหรือการเช่าซื้อทรัพย์สิน วัสดุอุปกรณ์ อาคาร หรือสิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ และการปรับปรุงตัดแปลงอาคารหรือสิ่งอำนวยความสะดวกนั้น รวมไปถึงการจ้างทำสัญญาจ้าง ก่อสร้าง หรือปรับปรุงตัดแปลงอาคารหรือสิ่งอำนวยความสะดวก หรือการชำระค่าเช่าล่วงหน้าเป็น ระยะเวลามากกว่า 1 เดือน หรือมีการฝากเงินหรือรายได้ในธนาคารพาณิชย์หรือสถาบันการเงินอื่น หรือมีการใช้รายได้ที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้มาตรการแฝงตัวเพื่อชดเชยค่าใช้จ่ายที่จำเป็นและเหมาะสมในการปฏิบัติการ หรือมีข้อตกลงให้ชำระเงินคืน หรือชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อบุคคลหรือองค์กรผู้ซึ่งให้ความร่วมมือในการปฏิบัติการ ทั้งนี้ สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการช่วยเหลือการปฏิบัติการ หากข้อตกลงเช่นว่านี้ต้องทำกับบุคคลภายนอก จะต้องผ่านการตรวจสอบจากสำนักที่ปรึกษาทั่วไปของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาและจากสำนักงานหัวหน้าเจ้าหน้าที่ด้านนิติกรรมสัญญาหรือมีการใช้ระยะเวลาหรือทรัพยากรเกินกว่าที่ผู้อำนวยการได้กำหนดเอาไว้²⁰

2) สถานการณ์อันละเอียดอ่อน²¹

ในการบังคับใช้มาตรการแฝงตัวที่มีความเกี่ยวข้องกับการอันละเอียดอ่อน (Sensitive Circumstance) เช่น 1. การสอบสวนการกระทำความผิดอาญาซึ่งผู้กระทำความผิดเป็นเจ้า

¹⁹ The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations section IV.C

²⁰ The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations section IV.C

²¹ The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations section IV.C

พนักงานที่ได้รับคัดเลือกหรือแต่งตั้ง หรือเป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งเพื่อเข้าดำรงตำแหน่งทางการเมือง ทั้งตำแหน่งด้านตุลาการ ด้านนิติบัญญัติ ด้านการปกครอง หรือด้านบริหาร ในองค์กรของรัฐระดับ สหพันธรัฐ ระดับมลรัฐ หรือระดับท้องถิ่น หรือหน่วยงานทางการเมืองลำดับรองขององค์กร เหล่านั้น

2. การสอบสวนกรณีผู้กระทำความผิดเป็นข้าราชการระดับสหรัฐ ระดับมลรัฐ หรือ ระดับท้องถิ่น ในการกระทำความผิดอาญาที่เกี่ยวข้องกับการคอร์รัปชัน

3. การสอบสวนการกระทำความผิดอาญาซึ่งผู้กระทำความผิดเป็นเจ้าพนักงานหรือ รัฐบาลต่างประเทศ องค์กรทางศาสนา องค์กรทางการเมือง หรือสื่อมวลชน

4. การมีส่วนร่วมในกิจกรรมที่มีผลกระทบสำคัญหรือมีการล่วงล้ำต่อการดำเนินการอัน ถูกต้องตามกฎหมายขององค์กรของรัฐระดับสหพันธรัฐ ระดับมลรัฐ หรือระดับท้องถิ่น

5. ความเสี่ยงในการถูกจับกุม การเบิกความเท็จหรือการทำเอกสารเท็จในการดำเนิน กระบวนการพิจารณาตามกฎหมายหรือในทางปกครองของบุคคลผู้ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับมาตรการแฝง ตัว

กรณีที่ได้รับอนุญาตตามบทบัญญัติแห่งแนวทางปฏิบัติฉบับนี้ เจ้าหน้าที่แฝงตัวจะเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมอันเป็นความผิดต่อกฎหมายสหรัฐ กฎหมายมลรัฐ หรือกฎหมายท้องถิ่น มิได้ ถ้ากระทำไปโดยปราศจากการอนุญาตจะถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายเพื่อประโยชน์ของ แนวทางปฏิบัติฉบับนี้ กิจกรรมดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นกิจกรรมอันเป็นความผิดต่อกฎหมายอย่างอื่น ได้แก่

1. ความชอบธรรม เจ้าหน้าที่ไม่อาจแนะนำหรืออนุญาตให้เจ้าหน้าที่แฝงตัวเข้าไปมีส่วนร่วม ในกิจกรรมอันเป็นความผิดต่อกฎหมาย เว้นแต่การเข้าไปมีส่วนร่วมนั้นจะปรากฏ ความชอบธรรม อันประกอบไปด้วย

(ก) เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารหรือพยานหลักฐานที่จำเป็นเพื่อให้การสอบสวน บรรลุผล และข้อมูลข่าวสารหรือพยานหลักฐานดังกล่าวต้องไม่สามารถหาได้หากปราศจากการ เข้า ไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมอันเป็นความผิดต่อกฎหมาย

(ข) เพื่อสร้างหรือรักษาไว้ซึ่งความน่าเชื่อถือของการอำพรางตัวตน

(ค) เพื่อป้องกันมิให้เกิดความตายหรืออันตรายสาหัสขึ้น

2. การลดปริมาณ สำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาจะต้องดำเนินการตาม สมควร เพื่อลดการเข้าไปมีส่วนร่วมของเจ้าหน้าที่แฝงตัวในกิจกรรมอันเป็นความผิดต่อกฎหมาย

3. ข้อห้ามเจ้าหน้าที่แฝงตัวไม่อาจกระทำการดังต่อไปนี้

(ก) มีส่วนร่วมในการกระทำที่ใช้ความรุนแรง เว้นแต่เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

(ข) ก่อหรือยุยงให้เกิดแผนการในการกระทำความผิดอาญา ยกเว้นกรณีที่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 5 (ซึ่งเกี่ยวข้องกับกรหลีกเลียงการล่อให้กระทำความผิด) หรือ

(ค) มีส่วนร่วมในการดำเนินการซึ่งประกอบไปด้วยเทคนิคการสอบสวนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น การดักฟังโทรศัพท์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การเปิดไปรษณีย์ภัณฑ์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การบุกรุก หรือการบุกรุกอันเป็นการค้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

4. การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย บทบัญญัติของแนวทางปฏิบัติฉบับนี้มีได้ห้ามเจ้าหน้าที่แฝงตัวจากการกระทำตามสมควรเพื่อป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมายในกรณีฉุกเฉิน ทั้งนี้ เพื่อปกป้อง ชีวิตของตนเองหรือชีวิตของผู้อื่นจากการใช้กำลังประทุษร้ายอันมิชอบด้วยกฎหมาย โดยจะต้องรายงานถึงการกระทำดังกล่าวไปยังพนักงานอัยการแห่งสหพันธ์และสำนักงานใหญ่ของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะต้องแจ้งให้ผู้ช่วยอัยการสูงสุดฝ่ายคดีอาญาทราบโดยเร็ว

5. การอนุญาต

ก) เจ้าหน้าที่พิเศษต้องอนุญาตให้บังคับใช้มาตรการแฝงตัวและกิจกรรมที่เกี่ยวข้องทั้งหมด รวมถึงการเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมอันเป็นความผิดต่อกฎหมาย โดยการอนุญาตดังกล่าวถือเป็นการอนุญาตให้

1. เข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมอันเป็นความผิดอาญาไม่ร้ายแรงหรือความผิดอาญาเล็กน้อย อื่นตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายสหพันธรัฐ กฎหมายมลรัฐ หรือกฎหมายท้องถิ่น

2. การเฝ้าติดตาม โดยได้รับความยินยอม ถึงแม้ว่าจะเป็นการกระทำความผิดอาญาตามกฎหมายท้องถิ่น

3. การรับของโจรหรือสินค้าผิดกฎหมาย

4. การส่งมอบหรือขายของโจรซึ่งไม่สามารถตามหาเจ้าของที่แท้จริงได้

5. การจัดส่งยาเสพติดภายใต้การควบคุมซึ่งมิได้กระทำไปเพื่อประโยชน์ในทางการค้า การ พาณิชย์

6. การให้สินบนที่ไม่รวมถึงกรณีสถานการณ์อันละเอียดอ่อน

7. การแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อบุคคลภายนอกโดยการปกปิดตัวตนที่แท้จริงหรือความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่แท้จริง

8. การทำธุรกรรมที่เป็นการฟอกเงินเป็นจำนวนไม่เกิน 5 ครั้ง และมีวงเงินไม่เกิน 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

ข) เข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมอันเป็นความผิดอาญาอุกฉกรรจ์หรือความผิดอาญาร้ายแรง อื่นตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายสหพันธรัฐ กฎหมายมลรัฐ หรือกฎหมายท้องถิ่น และไม่ได้รับการ ยกเว้น

ค) เข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมอันเป็นความผิดต่อกฎหมายซึ่งอาจเกิดความเสียหายต่อการเกิด ความรุนแรงหรืออันตรายแก่บุคคล ต้องได้รับอนุญาตจากผู้อำนวยการ รองผู้อำนวยการ หรือ ผู้ช่วยผู้อำนวยการฝ่ายบริหารที่ได้รับมอบหมายภายหลังการตรวจสอบจากคณะกรรมการตรวจสอบ การแฝงตัว

ง) ถ้าเจ้าหน้าที่แฝงตัวเชื่อว่ามีเจตนาตามสมควรในการเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมอันเป็นความผิดต่อกฎหมายที่ไม่สามารถคาดเห็นได้ การกระทำดังกล่าวทุกครั้งต้องปรึกษากับเจ้าหน้าที่พิเศษผู้ซึ่งสามารถร้องขอให้อนุญาตชั่วคราวในกรณีฉุกเฉินจากผู้ช่วยผู้อำนวยการที่ได้รับมอบหมาย และจะต้องได้รับการตรวจสอบจากคณะกรรมการตรวจสอบการแฝงตัว ทั้งนี้ หากเป็นไปได้หรือมีเหตุจำเป็นอาจจัดให้มีการอนุญาตฉุกเฉินได้ หากการปรึกษาไม่สามารถกระทำได้ และเจ้าหน้าที่แฝงตัวได้สรุปความเห็นว่ามีเหตุจำเป็นเร่งด่วนและเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน เจ้าหน้าที่แฝงตัวอาจตัดสินใจเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมอันเป็นความผิดต่อกฎหมายตราบเท่าที่เจ้าหน้าที่แฝงตัวผู้นั้น ไม่ได้เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องและพยายามกระทำทุกวิถีทางเพื่อป้องกันการใช้ความรุนแรง แต่ต้องรายงานถึงการกระทำดังกล่าว โดยเร็วที่สุดไปยังเจ้าหน้าที่พิเศษผู้ซึ่งต้องเสนอรายงานเป็นลายลักษณ์อักษรต่อสำนักงานใหญ่ของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา และจะต้องแจ้งให้คณะกรรมการตรวจสอบการแฝงตัวทราบโดยทันทีหากมีเหตุอันสมควรการตัดสินใจเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมอันเป็นความผิดต่อกฎหมายของเจ้าหน้าที่แฝงตัวตามความข้างต้นอาจได้รับอนุญาตเป็นการย้อนหลังได้

จ) ถ้าการบังคับใช้มาตรการแฝงตัวส่งผลให้เกิดความรุนแรงระหว่างเวลาที่กระทำ ความผิดอาญาและเจ้าหน้าที่แฝงตัว สายข่าว หรือพยานผู้ซึ่งให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำผิดอาญา เจ้าหน้าที่พิเศษต้องแจ้งให้พนักงานอัยการแห่งสหพันธรัฐและสำนักงานใหญ่ของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาทราบในทันทีและจะต้องแจ้งให้

ผู้ช่วยอัยการสูงสุดฝ่ายคดีอาญาทราบโดยเร็ว โดยในข้อ 4I ได้กำหนดรายละเอียดและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ของการอนุญาตให้มีการบังคับใช้ มาตรการแฝงตัวเป็นการชั่วคราวหรือในกรณีมีเหตุฉุกเฉินเกิดขึ้น²² และในมาตรา 5 ได้บัญญัติถึงการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริสุทธิ์จากการล่อให้กระทำความผิด โดยบทบัญญัติดังกล่าวประกอบไปด้วย ลักษณะและความหมายของคำว่า “การล่อให้กระทำความผิด” เงื่อนไขในการอนุญาตให้มีการล่อให้กระทำความผิด และข้อยกเว้นของเงื่อนไขที่กำหนด ไว้ในข้อ 5B (4)²³ นอกจากนี้ ในข้อ 6 ยังได้วางหลักถึงขั้นตอนการติดตามตรวจสอบและควบคุมมาตรการแฝงตัว โดยจำแนกออกเป็น ขั้นตอนการติดตามตรวจสอบและควบคุมก่อนการบังคับใช้มาตรการแฝงตัว ขั้นตอนการติดตามตรวจสอบและควบคุมในระหว่างที่มีการบังคับใช้มาตรการแฝงตัว และขั้นตอนการติดตามตรวจสอบและควบคุมการบังคับใช้มาตรการแฝงตัวด้วยการจัดทำรายงานผลการดำเนินงานประจำปีของคณะกรรมการตรวจสอบการแฝงตัว รวมทั้งได้บัญญัติให้มีการปรึกษากับบุคคลตามที่ กฎหมายกำหนดเพื่อขอความคิดเห็นเกี่ยวกับการบังคับใช้มาตรการแฝงตัว ตลอดจนการกำหนดหลักเกณฑ์ในการดำเนินการกับรายได้และความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้มาตรการแฝงตัว²⁴

4.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในหัวข้อนี้ จะได้กล่าวถึงมาตรการแฝงตัวในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยจะได้กล่าวถึงกฎหมายเกี่ยวกับการใช้มาตรการแฝงตัว และเงื่อนไขที่อนุญาตให้ใช้มาตรการปฏิบัติการแฝงตัวและองค์กรที่มีอำนาจให้แฝงตัว ดังนี้

4.3.1 กฎหมายเกี่ยวกับการใช้มาตรการแฝงตัว

ก) ความเบื้องต้น

เยอรมนีเป็นประเทศที่ประสบเหตุการณ์เลวร้าย กล่าวคือ สงครามโลกครั้งที่ 2 จากการใช้อำนาจของตำรวจ โดยเฉพาะการสอดแนมโดยใช้การปฏิบัติการแฝงตัว โดยเยอรมนีมีระบบ

²² The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations section IV.I

²³ The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations section V. 28

²⁴ The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations section VI.

กฎหมายลักษณะพยานเน้นไปทางใต้สวน ในกระบวนการสืบพยานศาลจะเป็นผู้ซักถามพยานเป็นสำคัญ²⁵ การปฏิบัติการแฝงตัวเป็นที่รู้จักและคุ้นเคยในประวัติศาสตร์เยอรมันมายาวนานกว่าอเมริกาในฐานะที่เป็นการปฏิบัติการแฝงตัว (infiltration) ด้านข่าวกรองของหน่วยข่าวกรอง APC (Federal Agency for the Protection of the Constitution) เพื่อความมั่นคงมากกว่าการสืบสวนของตำรวจในคดีอาญา²⁶

ก่อนปี ค.ศ. 1992 การปฏิบัติการแฝงตัวของตำรวจแทบไม่มีการตรวจสอบควบคุมใด ๆ เลย มีเพียงการควบคุมหลัก ๆ จากหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality) การควบคุมดังกล่าว ได้แก่ การควบคุมโดยหลักความชอบด้วยกฎหมายโดยตรงที่ห้ามตำรวจเพิกเฉยต่อการกระทำที่ผิดกฎหมาย และการควบคุมโดยหลักเกณฑ์เชิงสารบัญญัติ (Substantive Norm) ที่มาจากหลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน โดยแนวคำพิพากษาและความเห็นของนักวิชาการที่ห้ามผู้แฝงตัวกระทำความผิดและห้ามเอื้ออำนวย (Encouraging) มากเกินไปให้บุคคลอื่นกระทำความผิด²⁷ นอกจากนี้ มีการควบคุมการปฏิบัติการแฝงตัวของตำรวจโดยแนวทางที่ออกร่วมกันโดยกระทรวงยุติธรรมและกระทรวงมหาดไทยของแต่ละรัฐซึ่งกำหนดเพียงอาชญากรรมที่ใช้การปฏิบัติการแฝงตัวได้และข้อควรปฏิบัติกว้าง ๆ ตลอดจนกฎหมายตำรวจแต่ละมณฑลที่กำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำพรางเชิงป้องกัน (Preventive Operation) ต่ออาชญากรรมที่ยังไม่เกิดขึ้น (Future Crime) ดังนั้น หลักการควบคุมต่าง ๆ ที่มีอยู่ก่อนปี 1992 จึงเน้นที่การแฝงตัวเชิงป้องกันมากกว่า²⁸

กฎเกณฑ์การควบคุมที่ไม่เพียงพอและขาดความชัดเจนดังกล่าวทำให้ผู้ค้น โดยเฉพาะนักวิชาการและศาล เกิดข้อสงสัยต่อความโปร่งใสของการปฏิบัติการแฝงตัว²⁹ เจ้าหน้าที่นายหนึ่งเปิดเผยว่าในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1992 ในการปฏิบัติการ เจ้าหน้าที่ไม่ได้ตระหนักถึงการปฏิบัติการแฝง

²⁵ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, "ขั้นตอนการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน," *อุทพท* 55, 1 (มกราคม-เมษายน 2551), น. 195.

²⁶ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*, 561.

²⁷ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*, 506.

²⁸ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*, 507.

²⁹ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*, 507

ตัวและไม่ได้สนใจว่าตนต้องเข้าไปในบ้านของเป้าหมายอันละเมิดต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวหรือไม่ และปฏิบัติการเชิงข่าวกรองมากกว่าการแสวงหาพยานหลักฐาน³⁰ ทั้งยังมีข่าวอื้อฉาวเกี่ยวกับการปฏิบัติการแฝงตัวของตำรวจปรากฏอยู่บ่อยครั้ง³¹ ประกอบกับคำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) ที่ว่าการปฏิบัติการแฝงตัวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นการละเมิดสิทธิที่จะได้รับการดำเนินคดีที่เป็นธรรม (Rights to Fair Trial) ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights หรือ ECHR) กระตุ้นให้เกิดความต้องการเปลี่ยนแปลงกฎหมายการปฏิบัติการแฝงตัวของตำรวจมากขึ้น³² แต่ขณะเดียวกัน ตำรวจและหน่วยงานฝ่ายปกครองแต่ละมรัฐ (กระทรวงยุติธรรมและกระทรวงมหาดไทย) ก็ต้องการอำนาจเพิ่มเติมในการปราบปรามอาชญากรรมที่มีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงด้านพรมแดนของประเทศ ทั้งในแง่ดินนัยและพุดินนัยจากสาเหตุต่าง ๆ ได้แก่ การรวมประเทศระหว่างเยอรมนีตะวันออกกับเยอรมนีตะวันตก ปี ค.ศ. 1990 และการรวมกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป (European Union) ยิ่งไปกว่านั้น กระแสเกี่ยวกับปัญหาองค์กรอาชญากรรมและอาชญากรรมข้ามชาติที่เริ่มขึ้นในช่วงปี ค.ศ. 1980 ส่งผลให้ตำรวจเห็นว่ามีจำเป็นต้องใช้เทคนิคการสืบสวนพิเศษต่าง ๆ รวมถึงการปฏิบัติการแฝงตัวมากขึ้น³³ จนมาถึงการปฏิรูปกฎหมายในปี ค.ศ. 1992 รัฐสภาของเยอรมัน (Bundestag) ได้ตรากฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติการแฝงตัว (StPO §110a) โดยพยายามให้ความสมดุลระหว่างความเห็นของนักวิชาการและศาลที่ต้องการควบคุมการปฏิบัติการแฝงตัวให้ชอบด้วยหลักนิติรัฐ (Rule of Law หรือ Rechtsstaatlichkeit) กับความเห็นของตำรวจและฝ่ายปกครองที่ต้องการอำนาจเพิ่มเติมในการปราบปรามองค์กรอาชญากรรม³⁴

³⁰ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*, 509.

³¹ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*, 507.

³² Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*, 507

³³ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*, 508.

³⁴ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," *American Journal of Comparative Law*, 508.

เยอรมนีเป็นประเทศที่มีการปกครองในรูปแบบประชาธิปไตยแบบสหพันธ์สาธารณรัฐ (Federal State) โดยเป็นการรวมตัวของรัฐทั้งหมด 16 รัฐ มีระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยเชิงเสรีและรัฐสวัสดิการ ในแต่ละรัฐต่างมีกฎหมายเป็นของตนเอง เยอรมนีใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ถ้าหากกฎหมายของมลรัฐมีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ (The Basic Law) บทบัญญัติดังกล่าวจะไม่สามารถบังคับใช้ได้³⁵

บทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการนำเอามาตรการแฝงตัวมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดเรื่องการสอบสวนโดยวิธีการแฝงตัวไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Strafprozeßordnung - STPO) โดยได้กำหนดไว้ในมาตรา 110a ถึง มาตรา 110c ในการสอบสวนโดยวิธีการแฝงตัว เจ้าหน้าที่แฝงตัวจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ในการสอบสวนโดยการปลอมแปลงตัวตน การสอบสวนโดยวิธีการแฝงตัวโดยการใช้ชื่อปลอมโดยไม่เปิดเผยสถานะว่าเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือชื่อเท็จที่กำลังสอบสวนเอกสารที่เกี่ยวข้องสามารถจัดทำขึ้นใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการปลอมแปลงตัวในมาตรการแฝงตัว

ข) กฎหมายเกี่ยวกับประเภทความผิดที่จะทำการแฝงตัว

การปฏิบัติการแฝงตัวที่ดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่แฝงตัว (Undercover Investigators) เท่านั้นที่อยู่บังคับตาม STPO มาตรา 110a ถึง 110c โดยการปฏิบัติการแฝงตัวของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เรียกว่า “การใช้เจ้าหน้าที่แฝงตัว (Use of Undercover Investigators) โดยที่ มาตรา 110a (1) ได้กำหนดว่า เจ้าหน้าที่แฝงตัว (undercover investigators) อาจถูกใช้เพื่อคลี่คลายการกระทำความผิดอาญาได้ก็ต่อเมื่อมีเหตุบ่งชี้ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่เพียงพอ (Sufficient Factual Indications) ว่ามีการกระทำความผิดกฎหมายอาญาที่สำคัญเกิดขึ้น³⁶

ค) คดีที่อนุญาตให้ใช้การแฝงตัว³⁷

1. ความผิดเกี่ยวกับการลักลอบค้ายาเสพติด หรือค้าอาวุธ การปลอมแปลงธนบัตร หรือปลอมแปลงตราประทับราชการ

³⁵ "Germany Top Migration Land After U.S. in New OECD Ranking". Bloomberg. สืบค้นเมื่อ 10 ตุลาคม 2018. www.ditp.go.th/contents_attach

³⁶ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," American Journal of Comparative Law. p. 509.

³⁷ Sections 110a (Undercover investigators).

2. ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งชาติ

3. ความผิดเกี่ยวกับการค้า หรือ

4. ความผิดเกี่ยวกับการเป็นสมาชิกองค์กรในลักษณะที่เป็นองค์กรอาชญากรรม

การแฝงตัวอาจใช้เพื่อการอาชญากรรมร้ายแรงที่มีความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นซ้ำเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏ โดยวิธีการแฝงตัวจะใช้เมื่อการสอบสวนโดยวิธีอื่นและมาตรการอื่น ๆ อาจจะไม่สำเร็จ หรือสำเร็จได้โดยยากซึ่งเจ้าหน้าที่แฝงตัวอาจใช้เพื่อการสอบสวนคดีอาชญากรรมร้ายแรงที่มีขั้นตอนเป็นพิเศษ ทำให้การปฏิบัติการแฝงตัวเป็นสิ่งจำเป็นและการสอบสวนโดยวิธีอื่นอาจไม่สำเร็จได้และการแฝงตัวนั้นจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งดำเนินการสอบสวนโดยการปลอมแปลงการแสดงตนและเจ้าหน้าที่ผู้นั้นสามารถใช้การแสดงตนปลอมนั้นทำนิติกรรมได้ตามกฎหมาย ในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะสร้างหรือรักษาตัวตนสมมติไว้ อาจจะทำให้มีการจัดทำเอกสารที่เกี่ยวข้องเพื่อใช้ประโยชน์ในการแฝงตัว³⁸

4.3.2 องค์กรที่มีอำนาจให้แฝงตัวและพิจารณาคำร้องของแฝงตัว

ก) การขออนุญาตโดยสำนักงานอัยการในการแฝงตัว

การใช้เจ้าหน้าที่สอบสวนโดยการแฝงตัวจะกระทำต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากสำนักงานอัยการในสถานการณ์ฉุกเฉินและในกรณีที่เป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจขออนุญาตได้ในเวลาที่กำหนดให้ขออนุญาตในภายหลังโดยเร็วและหากสำนักงานอัยการไม่อนุญาตภายในสามวันต้องยุติการปฏิบัติการ และการอนุญาตต้องทำเป็นหนังสือและกำหนดเวลาไว้ การขยายระยะเวลาจะกระทำได้อีกต่อเมื่อยังมีความจำเป็นที่จะต้องสอบสวนโดยวิธีการแฝงตัวอยู่ในกรณีการใช้เจ้าหน้าที่แฝงตัวเพื่อสอบสวนผู้ต้องหาเฉพาะรายหรือเพื่อให้เจ้าหน้าที่แฝงตัวเข้าไปในเคหะสถานส่วนบุคคลทั่วไปที่ไม่สามารถเข้าไปได้ต้องได้รับอนุญาตจากศาลเว้นแต่ในกรณีเร่งด่วนและไม่อาจขออนุญาตจากสำนักงานอัยการได้ทันเวลา มาตรการแฝงตัวจะสิ้นสุดลงภายในสามวันหากไม่ได้รับอนุญาตจากศาล³⁹

ข) การเข้าไปในเคหะสถานหรือสถานที่ใด⁴⁰

³⁸ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," American Journal of Comparative Law. p. 509.

³⁹ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," American Journal of Comparative Law. p. 509.

⁴⁰ Section 110c (Entering Private Premises)

เจ้าหน้าที่แฝงตัวอาจเข้าไปในเคหะสถานหรือสถานที่ใดของเอกชนโดยความยินยอมของผู้มีสิทธิในสถานที่นั้นความยินยอมให้เข้าไปในเคหะสถานดังกล่าวจะต้องไม่ได้มาโดยวิธีการหลอกลให้เชื่อว่าเจ้าหน้าที่นั้นมีสิทธิที่จะเข้าไปได้ และต้องอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ของการแฝงตัวการใช้อำนาจในกรณีการเข้าไปในเคหะสถานนั้นนอกจากจะต้องพิจารณาตามกฎหมายนี้แล้วยังต้องพิจารณาตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย

ตัวอย่างในกรณีนี้ได้แก่ เจ้าหน้าที่แฝงตัวอาจใช้วิธีการปกปิดตัวตนโดยทำที่เป็นเพื่อนกับเป้าหมาย และได้รับเชิญจากเป้าหมายให้เข้าไปดูทีวีในห้องนั่งเล่นในบ้านด้วยกัน โดยไม่ปรากฏว่ามีกรยินยอม ให้เจ้าหน้าที่แฝงตัวเข้าไปในส่วนอื่นๆของบ้านได้ เช่นนี้หากเจ้าหน้าที่แฝงตัวเข้าไปในส่วนอื่นๆของบ้าน เช่น ห้องนอนโดยไม่ได้รับอนุญาตย่อมเป็นการกระทำที่เกินขอบเขต

ปฏิบัติการแฝงตัวที่ได้รับอนุญาตตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาข้อมอบด้วยกฎหมาย ทำให้เจ้าหน้าที่แฝงตัวได้รับความคุ้มครองจากการถูกศาลเยอรมนีเรียกตัวไปเบิกความในศาลอย่างเปิดเผยได้ โดยอาจให้การผ่านระบบวิดีโอเทเลคอนเฟอเรนซ์ (Video Teleconference) การพรางตัวตนพยาน (Disguised Witnesses) หรือให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเบิกความเป็นพยานบอกเล่าแทนจึงเป็นการให้อำนาจอย่างไม่เป็นทางการแก่ฝ่ายเจ้าหน้าที่ตำรวจในการปกปิดการมีส่วนในการกระทำผิดของเจ้าหน้าที่แฝงตัวได้⁴¹ โดยตัวตนของเจ้าหน้าที่แฝงตัวอาจยังถูกเก็บรักษาเป็นความลับแม้การปฏิบัติการจะได้เสร็จสิ้นแล้ว สำนักงานอัยการและศาลซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการวินิจฉัยการอนุญาตการใช้เจ้าหน้าที่แฝงตัว อาจให้มีการเปิดเผยตัวตนเจ้าหน้าที่อำพรางแก่อัยการหรือศาลดังกล่าวได้ การเก็บรักษาตัวตนให้เป็นความลับในกระบวนการดำเนินคดีอาญาสามารถชอบที่กระทำได้ตามมาตรา 96 โดยเฉพาะหากมีเหตุตามควรที่จะกล่าวว่าการเปิดเผยตัวตนดังกล่าวจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือ เสรีภาพของเจ้าหน้าที่แฝงตัวหรือบุคคลอื่นหรืออาจเป็นอันตรายต่อการดำเนินการใช้เจ้าหน้าที่แฝงตัวต่อไป⁴² แต่หากการปฏิบัติการอำพรางไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ศาลข้อมอบมีอำนาจเรียกให้เจ้าหน้าที่แฝงตัวมาเบิกความอย่างเปิดเผยในศาลและอาจทำให้การมีส่วนในการกระทำผิดของเจ้าหน้าที่แฝงตัวถูกเปิดเผยต่อศาลได้ แม้ในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่แฝงตัวจะถูกลงโทษเพราะการฝ่าฝืนนั้นได้ยาก เนื่องจากศาลจะพิจารณาจากเจตนาชั่วร้าย ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

⁴¹ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," American Journal of Comparative Law. p. 564.

⁴² Justiz und für Verbraucherschutz, Bundesministerium,

ของการกระทำและความจำเป็นและตีความว่าเจ้าหน้าที่แฝงตัวขาดเจตนาทำให้เจ้าหน้าที่แฝงตัวไม่มีความผิดอาญา⁴³ นอกจากนี้การปฏิบัติการแฝงตัวไม่ชอบตามด้วยกฎหมายย่อมทำให้พยานหลักฐานที่ได้มาจากการปฏิบัติการนั้นรับฟังมิได้อีกด้วย⁴⁴

4.4 มลรัฐเซาท์ออสเตรเลีย ประเทศออสเตรเลีย

ในหัวข้อนี้ จะได้กล่าวถึงมาตรการแฝงตัวในมลรัฐเซาท์ออสเตรเลีย ประเทศออสเตรเลีย โดยจะได้กล่าวถึงกฎหมายเกี่ยวกับการใช้มาตรการแฝงตัว และเงื่อนไขที่อนุญาตให้ใช้มาตรการปฏิบัติการแฝงตัวและองค์กรที่มีอำนาจให้แฝงตัว ดังนี้

4.4.1 กฎหมายเกี่ยวกับการใช้มาตรการแฝงตัว

ก) ความทั่วไป

ออสเตรเลีย หรือเครือรัฐออสเตรเลีย (Commonwealth of Australia) เป็นประเทศที่มีการปกครองในรูปแบบประชาธิปไตยแบบสหพันธ์ (Federal Democracy) และเป็นประเทศในเครือจักรภพ โดยแบ่งการปกครองออกเป็น 6 มลรัฐ และ 2 อาณาเขตการปกครองตนเอง (Territory)⁴⁵ ในแต่ละมลรัฐและอาณาเขตปกครองตนเองต่างมีอำนาจธิปไตยเป็นของตนเอง ทั้งอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ แยกเป็นอิสระต่างหากจากการบริหารราชการแผ่นดินของสหพันธรัฐ (Federation Government) ออสเตรเลียใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หรือกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ถ้าหากกฎหมายของมลรัฐหรือกฎหมายอาณาเขตปกครองตนเองมีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายสหพันธรัฐ บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะไม่สามารถบังคับใช้ได้⁴⁶

บทบัญญัติแห่งกฎหมายของมลรัฐเซาท์ออสเตรเลีย ประเทศออสเตรเลีย ที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการนำเอามาตรการแฝงตัวและการจัดทำตัวตนสมมุติ (Undercover Operations and

⁴³ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," American Journal of Comparative Law. p. 570.

⁴⁴ Ross, J. E., "Do Rules of Evidence Apply (Only) in the Courtroom? Deceptive Interrogation in the United States and Germany

⁴⁵ กระทรวงการต่างประเทศ. เครือรัฐออสเตรเลีย เข้าถึงเมื่อ 5 ตุลาคม 2561. แหล่งที่มา <http://www.mfa.go.th/main/th/world/75/26794-เครือรัฐออสเตรเลีย.html>

⁴⁶ ห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ศาลยุติธรรม, "กฎหมายสิทธิบัตรออสเตรเลีย: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย" [ออนไลน์]เข้าถึงเมื่อ 20 กันยายน 2561. แหล่งที่มา: http://elib.coj.go.th/Article/cpt2011_3_5.pdf

Assumed Identities) มาใช้บังคับปรากฏอยู่ใน Criminal Investigation (Covert Operations) Act 2009⁴⁷ หรือพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีอาญา (การปฏิบัติการลับ) ค.ศ. 2009 ซึ่งลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 25 มิถุนายน 2552 โดยมีอัยการสูงสุดเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติ⁴⁸ กฎหมายฉบับดังกล่าวได้ผ่านการแก้ไขเพิ่มเติมมาแล้วรวมทั้งสิ้น 4 ครั้ง ซึ่งฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้ผ่านการแก้ไขเพิ่มเติมและมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 27 พฤศจิกายน 2557 เป็นต้นมา⁴⁹

พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ตราขึ้นเพื่ออนุญาตให้มีการใช้มาตรการแฝงตัวและการจัดทำตัวตนสมมุติมาใช้บังคับ ทั้งนี้ เพื่อวัตถุประสงค์ในการคดีอาญาและเพื่อประโยชน์ในการรวบรวมข่าวกรองอาชญากรรมทั้งในและนอกมณฑลรัฐเพื่อจัดทำแผนการสำหรับการคุ้มครองพยานเพื่อจัดให้มีการบังคับใช้มาตรการแฝงตัว การจัดทำตัวตนสมมุติ และการจัดทำแผนการที่ได้รับการรับรองข้ามพรมแดน ตลอดจนเพื่อวัตถุประสงค์ประการอื่น⁵⁰

ข) กฎหมายเกี่ยวกับประเภทความผิดที่สามารถใช้มาตรการแฝงตัว

มาตรการแฝงตัว (Undercover Operations) หมายความว่า การปฏิบัติการซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการจัดการให้บุคคลเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง โดยมีเป้าหมายเพื่อ

1. ทราบถึงการกระทำความผิดอาญาหรือ
2. แสวงหาพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง

การกระทำความผิดอาญาร้ายแรง (Serious Criminal Behaviour) หมายความว่า การที่เกี่ยวข้องกับ

1. ความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ หรือ
2. ความผิดเกี่ยวกับ Controlled Substances Act ค.ศ. 1984 หรือ
3. การกระทำความผิดตามมาตรา 52 ถึง 53, 72 หรือ 74 ของ Fisheries Management Act ค.ศ. 2007

⁴⁷ South Australian Legislation, "Criminal Investigation (Covert Operations) Act 2009," [Online] Accessed: September 20, 2018.

⁴⁸ The South Australian Government Gazette, "Administrative Arrangements (Administration of Criminal Investigation (Covert Operations) Act) Proclamation 2009," [Online] Accessed: September 20, 2018.

⁴⁹ Government of South Australia Attorney-General's Department, "Criminal Investigation (Covert Operations) Act 2009," [Online] Accessed: September 20, 2018.

⁵⁰ Criminal Investigation (Covert Operations) Act 2009

4. การกระทำความผิดตามมาตรา 63 หรือ 75 ของ Lottery and Gaming ค.ศ. 1936 หรือ

5. การกระทำความผิดตามมาตรา 47 (1) (2) หรือ (4) 48(1) 48A(1) 51(1) หรือ 60(1)

ของ National Parks and Wildlife Act ค.ศ. 1972⁵¹

มลรัฐเซาท์ออสเตรเลียได้กำหนดเรื่องการสอบสวนโดยวิธีการแฝงตัวไว้ในพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีอาญา (มาตรการแฝงตัว) ค.ศ. 2009 (Criminal Investigation (Cover Operation) 2009) ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้อนุญาตให้ใช้มาตรการแฝงตัวและการจัดทำเอกสารรับรองอัตลักษณ์ที่ปลอมโดยมีวัตถุประสงค์ในการคดีอาญาและการรวบรวมข้อมูลการกระทำความผิดอาญาทั้งภายในและภายนอกประเทศรวมไปถึงการจัดทำเอกสารรับรองอัตลักษณ์ปลอม

4.4.2 การกำหนดหลักเกณฑ์ในการขออนุญาตแฝงตัวและองค์กรที่มีอำนาจให้แฝงตัวและพิจารณาคำร้องขอแฝงตัว

1. การอนุญาตให้ใช้มาตรการแฝงตัว

เจ้าหน้าที่ตำรวจระดับสูงอาจอนุมัติให้ใช้มาตรการแฝงตัวโดยมีวัตถุประสงค์ในการรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง พนักงานสอบสวนตาม Independent Commissioner Against Corruption Act ค.ศ. 2012 อาจยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตเพื่อให้อนุญาตให้ใช้มาตรการแฝงตัวโดยมีวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบการทุจริตในการบริหารงานของภาครัฐภายใต้พระราชบัญญัติดังกล่าว ที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตหรือการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง⁵²

2. ห้ามมิให้ตำรวจระดับสูงหรือคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตอนุญาตให้นำมาตรการแฝงตัวมาใช้บังคับ เว้นแต่จะปรากฏเหตุดังต่อไปนี้

ก. เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลเคยเข้าไปมีส่วนร่วม กำลังมีส่วนร่วม หรือกำลังจะเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดทางอาญาร้ายแรง โดยที่เจ้าพนักงานจะรู้ตัวตนของบุคคลนั้นหรือไม่ก็ตาม และ

ข. เมื่อเป็นที่พอใจว่าขอบเขตของการนำมาตรการแฝงตัวไม่ได้กว้างเกินความจำเป็น ทั้งนี้เมื่อพิจารณาจากสภาพและขอบเขตของการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงที่ต้องสงสัย และ

⁵¹ Criminal Investigation (Cover Operation) 2009 section 3

⁵² Criminal Investigation (Cover Operation) 2009 section 4

ค. เมื่อเป็นที่พอใจว่ามาตรการแฝงตัวนั้นมีความสอดคล้องและได้สัดส่วนนั้นคือ มาตรการแฝงตัวที่มีความชอบธรรมทางสังคมเมื่อเปรียบเทียบกับภัยอันตรายที่สังคมจะได้รับจากการ กระทบความผิ้อาณาร้ายแรง



บทที่ 5

แนวทางการแก้ไขปัญหามาตรการแฝงตัวในประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่า ในประเทศไทยยังขาดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้มาตรการแฝงตัว ซึ่งถือได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวหากมิได้มีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ดีเพียงพอแล้ว ย่อมจะส่งผลให้บทกฎหมายนี้ละเมิดต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคล เนื่องจากเมื่อใดที่เจ้าพนักงานใช้มาตรการแฝงตัวเพื่อแสวงหาข้อมูล พยานหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิด ซึ่งการสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวบุคคลผู้เป็นเป้าหมายผู้เป็นเป้าหมายจะไม่รู้ตัวในการสอบถามเรื่องราวการกระทำความผิดเลย ผู้ถูกสอบถามอาจให้การพาดพิงไปถึงคนอื่นซึ่งบุคคลนี้อาจจะไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดย่อมไม่มีทางรู้ตัวว่าตนกำลังถูกละเมิดสิทธิดังกล่าว เพราะมาตรการแฝงตัวนี้เป็นมาตรการที่กระทำเป็นการลับ แม้มาตรการดังกล่าวถือเป็นเครื่องมือสำคัญในการสอบสวนการกระทำความผิดอาญาเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมที่มีความซับซ้อนมากขึ้นในปัจจุบัน แต่ในขณะที่เดียวกันมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นนี้ก็จำเป็นต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองสิทธิในการสิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง ของผู้ถูกกล่าวหาไปพร้อมกันด้วย

จากการศึกษาสภาพปัญหามาตรการแฝงตัวของประเทศไทย โดยใช้แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ประกอบกับหลักกฎหมายของต่างประเทศที่ได้รับการปรับปรุงแก้ไขอันเป็นผลมาจากการใช้บังคับมายาวนาน เพื่อค้นหาและสร้างหลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้มาตรการบังคับทางอาญาในการใช้มาตรการแฝงตัวที่มีเงื่อนไขในการบังคับใช้อย่างชัดเจนและแน่นอนในวัตถุประสงค์ของมาตรการ มีขอบเขตและวิธีการใช้ที่มีความเป็นภาวะวิสัย เพิ่มประสิทธิภาพในการค้นหาความจริงอันถือเป้าหมายสูงสุดของคดีอาญาไปพร้อมกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคล

ในบทนี้จะได้วิเคราะห์ถึงการใช้มาตรการบังคับทางอาญาในการใช้มาตรการแฝงตัวที่ต้องกระทำโดยคำนึงถึงหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การบัญญัติหลักเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขในการใช้มาตรการแฝง กำหนดให้มาตรการแฝงตัวบัญญัติไว้เป็นบทกฎหมายทั่วไป ในการใช้อำนาจสอบสวนของเจ้าพนักงานของรัฐ เพื่อขจัดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย และการตีความที่แตกต่างกันไปตามแต่ประเภทของความคิดที่ได้รับความคุ้มครองที่ต่างกันตามวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายเฉพาะ โดยนำแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องมาวิเคราะห์ร่วมกับหลักกฎหมายต่างประเทศ

รวมทั้งศึกษาวิเคราะห์ถึงรายละเอียดทั้งหมด เพื่อสร้างหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมกับมาตรการแฝงตัวที่ดี กล่าวคือ หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการขอใช้มาตรการ องค์กรผู้มีอำนาจอนุญาตให้ใช้มาตรการแฝงตัว โดยแยกวิเคราะห์เป็นหัวข้อดังต่อไปนี้

5.1 การบัญญัติมาตรการแฝงตัวไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

จากการศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับหลักการเรื่องมาตรการแฝงตัวของประเทศไทยพบว่า ปัญหาเกิดจากไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการใช้มาตรการแฝงตัวในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญา แต่ปรากฏบทบัญญัติเช่นว่า กระจายอยู่ตามกฎหมายพิเศษต่าง ๆ กฎหมายพิเศษแต่ละฉบับก็มีหลักเกณฑ์ในการใช้มาตรการแฝงตัวแตกต่างกันออกไป โดยแยกพิจารณารายละเอียดได้ ดังนี้

(1) มาตรา 27 พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ให้อำนาจพนักงานสอบสวนคดีพิเศษแสวงหาพยานหลักฐานโดยวิธีการแฝงตัวในกรณี ที่จำเป็นและเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ โดยให้อธิบดีเป็นผู้อนุมัติ

(2) มาตรา 7 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด พ.ศ. 2550 ในกรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ เจ้าพนักงานผู้ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ เลขานุการคณะกรรมการป้องกัน และปราบปรามยาเสพติด หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย แล้วแต่กรณี มีอำนาจปฏิบัติการอำพรางเพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด

(3) มาตรา 46/1 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ในการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ ถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่มีความจำเป็นต้องจัดทำเอกสารหลักฐานหรือการอำพรางตนเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบและรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับการกระทำความผิด การดำเนินคดีฐานฟอกเงินหรือการดำเนินคดีเกี่ยวกับการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย โดยเลขานุการเป็นผู้อนุมัติ

จะเห็นได้ว่า หลักการของพระราชบัญญัติต่าง ๆ ซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายพิเศษเหล่านี้ที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานใช้มาตรการบังคับทางอาญา พบว่ามีข้อบกพร่องในการใช้มาตรการบังคับซึ่งเป็นเพราะกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขไว้หลวมมาก คือแม้มีความจำเป็นเท่านั้นก็สามารถแฝงตัวได้แล้ว ซึ่งหลักเกณฑ์เหล่านี้ยังไม่สามารถที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ จึงต้องมีหลักเกณฑ์อื่นเพิ่มเติมเพื่อให้มีความครอบคลุมที่จะใช้มาตรการ เช่น ความร้ายแรงของ

ความผิด ระยะเวลาในการแฝงตัว การสอบด้วยวิธีอื่นจะกระทำได้ยาก จะต้องเป็นการสอบสวน ส่วนที่จะขยายผลประโยชน์ในการจับกุมผู้กระทำความผิดที่อยู่เบื้องหลัง และมาตรการแฝงตัวนั้นมีความสอดคล้องและได้สัดส่วนนั้นคือมาตรการแฝงตัวที่มีความชอบธรรมทางสังคมเมื่อเปรียบเทียบกับภัยอันตรายที่สังคมจะได้รับจากการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง จึงทำให้กฎหมายพิเศษเหล่านี้ส่งผลให้เกิดการใช้มาตรการที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหา เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรา 66 ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ก็ปรากฏหลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขในการอนุมัติให้ใช้มาตรการเหล่านี้ได้อย่างชัดเจน แม้กฎหมายพิเศษจะวางหลักให้ใช้เฉพาะความผิดบางประเภทแต่กฎหมายเกี่ยวกับมาตรการแฝงตัวและหลักเกณฑ์เหล่านี้ไม่ควรบัญญัติไว้เฉพาะในกฎหมายพิเศษเนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นกฎหมายกลางสำหรับการดำเนินคดีอาญาซึ่งมาตรการแฝงตัวก็เป็นการดำเนินการสอบสวนซึ่งให้ได้พยานหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำผิดซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการ

ดังนั้น การที่จะบัญญัติให้มาตรการแฝงตัวเป็นมาตรการบังคับควรพิจารณากำหนดหลักการนี้ลงในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีฐานะเป็นบทกฎหมายทั่วไป โดยเมื่อศึกษาหลักการเกี่ยวกับมาตรการแฝงตัวของต่างประเทศพบว่า ประเทศที่มีความเป็นเสรีนิยมมักจะมิบบัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการใช้มาตรการบังคับทางอาญาเอาไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ทั้งนี้เพราะมาตรการดังกล่าวมีลักษณะกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่เกี่ยวข้องค่อนข้างมาก ทั้งยังจะช่วยทำให้การใช้มาตรการแฝงตัว ไม่ว่าจะในฐานะความผิดใด อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกันอีกด้วย

5.2 หลักเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขให้ใช้มาตรการแฝงตัว

มาตรการบังคับทางอาญาเป็นเครื่องมือในการดำเนินคดีอาญาที่มีขึ้นเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานมาดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิด การใช้มาตรการบังคับทางอาญาจึงมีผลไปกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของผู้เกี่ยวข้องอยู่อย่างมาก จึงต้องมีการควบคุมการใช้มาตรการบังคับควบคุมกันไปด้วย¹ เช่นเดียวกับการจับและการค้น ซึ่งเป็นมาตรการบังคับทางอาญาที่ปรากฏในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ก็ปรากฏหลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขในการอนุมัติให้ใช้มาตรการเหล่านี้ได้อย่างชัดเจน กล่าวคือ ในมาตรา 66 และมาตรา 92 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

¹ คณิต ฒ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น.266.

เมื่อพิจารณา Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations ของสหรัฐอเมริกาแล้วจะพบว่า ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการใช้มาตรการแฝงตัวไว้ชัดเจน กล่าวคือ เจ้าพนักงานผู้ซึ่งมีอำนาจพิจารณาหรืออนุญาตตามคำร้องขอให้ใช้มาตรการแฝงตัว จะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างความเสี่ยงกับผลประโยชน์ของการดำเนินการ นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาถึงเหตุดังต่อไปนี้ด้วย กล่าวคือ

1) ต้องมีเหตุอันควรสงสัย (reasonable suspicion) หรือเหตุอันควรเชื่อ (probable cause) ว่ามีการกระทำผิดเกิดขึ้น²

2) ความเสี่ยงในการก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคล ความเสียหายทางทรัพย์สิน ความเสียหายทางการเงินต่อบุคคลหรือองค์กรธุรกิจ ความเสียหายต่อชื่อเสียง หรือภัยอันตรายต่อบุคคลประการอื่น

3) ความเสี่ยงต่อความรับผิดชอบทางแพ่ง หรือความเสียหายอื่นของรัฐบาล

4) ความเสี่ยงต่อการละเมิดความเป็นส่วนตัว หรือการแทรกแซงความสัมพันธ์ที่พิเศษ หรือที่เป็นความลับ ตลอดจนการละเมิดสิทธิที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น ๆ ได้ให้ความคุ้มครอง

5) ความเสี่ยงของบุคคลผู้ซึ่งมีส่วนร่วมในมาตรการแฝงตัวที่อาจจะเข้าไปเกี่ยวข้องกับ การกระทำที่ผิดกฎหมายซึ่งต้องห้ามตามความในข้อ IV.H

6) ความเหมาะสมของการมีส่วนร่วมของรัฐบาลในประเภทของการกระทำอันได้รับการคาดการณ์ว่าจะเกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินการ

ส่วนในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ก็มีบทบัญญัติหลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขของการใช้ มาตรการแฝงตัวในมาตรา 110a ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่า จะต้องมีความเชื่อ ข้อเท็จจริงที่เพียงพอ (Sufficient Factual Indications) ว่ามีการกระทำผิดกฎหมายอาญาที่สำคัญ เกิดขึ้น³

มลรัฐเซาท์ออสเตรเลีย ประเทศออสเตรเลีย ได้กำหนดเรื่องการสอบสวนโดยวิธีการ แฝงตัวไว้ในพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีอาญา (มาตรการแฝงตัว) ค.ศ. 2009 ดังนี้

1) เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลเคยเข้าไปมีส่วนร่วม กำลังมีส่วนร่วม หรือกำลังจะ เข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดทางอาญาร้ายแรง โดยที่เจ้าพนักงานจะรู้ตัวตนของบุคคล นั้นหรือไม่ก็ตาม และ

² Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," American Journal of Comparative Law, p. 511.

³ Ross, J. E., "The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany," American Journal of Comparative Law, p. 509.

2) เมื่อเป็นที่พอใจว่าขอบเขตของการนำมาตรการแฝงตัวไม่ได้กว้างเกินความจำเป็น ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากสภาพและขอบเขตของการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงที่ต้องสงสัย และ

3) เมื่อเป็นที่พอใจว่ามาตรการแฝงตัวนั้นมีความสอดคล้องและได้สัดส่วนนั้นคือ มาตรการแฝงตัวที่มีความชอบธรรมทางสังคมเมื่อเปรียบเทียบกับภัยอันตรายที่สังคมจะได้รับจากการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง

เมื่อทำการศึกษาลักษณะอันเป็นเงื่อนไขในการใช้มาตรการแฝงตัวของต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณีหรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะพบว่า ลักษณะอันเป็นเงื่อนไขให้ใช้มาตรการแฝงตัวนั้น มีดังต่อไปนี้

1) ต้องมีเหตุอันควรสงสัย (reasonable suspicion) หรือเหตุอันควรเชื่อ (probable cause) ว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น

2) มาตรการแฝงตัวต้องมีความได้สัดส่วน นั้นคือมาตรการแฝงตัวที่มีความชอบธรรมทางสังคมเมื่อเปรียบเทียบกับภัยอันตรายที่สังคมจะได้รับจากการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง หรือ ความเสี่ยงต่อการละเมิดความเป็นส่วนตัว หรือการแทรกแซงความสัมพันธ์ที่พิเศษหรือที่เป็นความลับ ตลอดจนการละเมิดสิทธิที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น ๆ ได้ให้ความคุ้มครอง หรือความเสี่ยงในการก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคล ความเสียหายทางทรัพย์สิน ความเสียหายทางการเงินต่อบุคคลหรือองค์กรธุรกิจ ความเสียหายต่อชื่อเสียง หรือภัยอันตรายต่อบุคคลประการอื่น

3) จะต้องเป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานเดียวกันนี้ (Subsidiary Clause)

โดยในการใช้มาตรการแฝงตัวนั้น รัฐจะต้องคำนึงถึงหลักนิติรัฐหรือหลักการจำกัดอำนาจรัฐโดยกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักการที่ทำให้รัฐต้องผูกพันอยู่กับหลักการพื้นฐานและคุณค่าทางกฎหมาย หลักการดังกล่าวเรียกร้องให้รัฐต้องดำเนินการในด้านต่าง ๆ ให้เกิดความเป็นธรรมอย่างแท้จริงในสังคมและบังคับให้รัฐต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไปพร้อมกัน หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้ว การกระทำของรัฐย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามหลักที่ว่าไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ⁴ หรือหลักกฎหมายเป็นเงื่อนไขของอำนาจ

⁴ สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), น.227.

5.3 การควบคุมการใช้มาตรการแฝงตัว

เมื่อได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขในการใช้มาตรการแฝงตัวแล้ว ประเด็นถัดไปที่ต้องพิจารณาคือ องค์กรใดจะเป็นองค์กรผู้อนุญาตให้แฝงตัว ตามที่ได้กล่าวแล้วว่า มาตรการแฝงตัวเป็นมาตรการที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องสงสัยในคดีอาญา โดยเฉพาะสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง (Right against Self-Incrimination) การให้ผู้บังคับบัญชาเป็นผู้อนุมัติให้ใช้มาตรการจึงเป็นการไม่เหมาะสม แต่ควรจะต้องมีการควบคุมโดยองค์กรภายนอกที่มีความเป็นภาวะวิสัย เป็นอิสระ ไม่ขึ้นกับใคร เมื่อพิจารณาการตรวจสอบการใช้อำนาจแฝงตัวในเยอรมนีจะพบว่า การใช้มาตรการแฝงตัวจะกระทำได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากอัยการเท่านั้น ในสถานการณ์การฉุกเฉินและในกรณีที่เป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจขออนุญาตได้ในเวลาที่กำหนด ให้ขออนุญาตในภายหลังโดยเร็ว และหากอัยการไม่อนุญาตภายในสามวัน ต้องยุติการปฏิบัติการทันที ในกรณีการใช้เจ้าหน้าที่แฝงตัวเพื่อสอบสวนผู้ต้องหาเฉพาะรายหรือเพื่อให้เจ้าหน้าที่เข้าไปในเคหสถาน การแฝงตัวจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลเว้นแต่ในกรณีเร่งด่วนและไม่อาจขออนุญาตจากอัยการได้ทันเวลา องค์กรตุลาการจึงน่าเป็นองค์กรที่เหมาะสม เนื่องจากการสอบสวนโดยวิธีการแฝงตัวเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจึงควรที่จะมีการตรวจสอบการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่สอบสวนที่ดำเนินการแฝงตัว ซึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ถือว่าศาลเป็นองค์กรที่ได้รับความเชื่อถือว่ามีความเป็นกลาง และกฎหมายให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐเพิ่มมากขึ้น โดยให้ศาลมีอำนาจออกมาตรการบังคับทางอาญา การจับ การค้น การขัง ในปัจจุบัน ซึ่งศาลจะเป็นผู้ทำหน้าที่ในการตรวจสอบถ่วงดุลให้ฝ่ายบริหารปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งศาลจะเป็นผู้ตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานที่ดำเนินการเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงมิได้ให้อัยการเป็นผู้อนุญาตใช้มาตรการแฝงตัวอย่างประเทศเยอรมนี และถ้ามีการขอการใช้มาตรการให้ร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจชำระคดี ให้พิจารณาจากหน่วยงานไหนเป็นผู้ขอหมาย ถ้าเป็นหน่วยงานที่อยู่เฉพาะส่วนกลางก็ควรขอที่ศาลอาญา เช่น กรมสอบสวนคดีพิเศษ สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน แต่ถ้าเป็นหน่วยงานทั่วไปที่กระจายอยู่ทั่วประเทศ เช่น ถ้าเป็นตำรวจ ก็ขอหมายกับศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาได้ทุกศาล

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ปัจจุบันการกระทำความผิดอาชญากรรมมีความซับซ้อนมากขึ้นซึ่งการสอบสวนด้วยวิธีการธรรมดาไม่สามารถสืบหาข้อมูล ข่าวสาร และพยานหลักฐานในการกระทำความผิด รัฐจึงได้นำการปฏิบัติการแฝงตัวซึ่งเป็นเทคนิคการสอบสวนคดีพิเศษมาใช้ในการแสวงหาพยานหลักฐาน การกระทำความผิดอาญาที่มีความซับซ้อน การปราบปรามการกระทำความผิดที่มีมาตรการที่แตกต่างกันออกไปเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการปราบปรามอาชญากรรมมากขึ้น เพื่อเป็นการทำลายองค์กรอาชญากรรมที่กระทำความผิด ดังนั้นการนำเทคนิคการสอบสวนโดยวิธีการแฝงตัว ซึ่งมาตรการนี้เน้นในการหาพยานหลักฐาน ข้อมูลข่าวสาร มาปราบปรามการกระทำความผิดเป็นสิ่งสำคัญจนไม่ได้คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

6.1 บทสรุป

การต้องเข้าไปสืบหาข้อมูลข่าวสาร ข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดในองค์กรอาชญากรรมด้วยวิธีการแฝงตัว (Undercover Operation) เพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม เป็นภารกิจหลักของรัฐประการหนึ่งซึ่งเป็นการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนโดยรวม การที่รัฐจะใช้มาตรการบังคับใดที่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้น จะต้องมิขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญไว้เท่านั้น และการที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้จะต้องเป็นการกระทำที่ได้สัดส่วนและเท่าที่จำเป็นภายใต้กฎหมาย โดยจะต้องมีการคานน้ำหนักอย่างยุติธรรมระหว่างผลประโยชน์ของรัฐที่อาจได้จากการเข้าไปสืบหาข้อมูลข่าวสาร ข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดในองค์กรอาชญากรรม กับสิทธิและเสรีภาพที่อาจถูกกระทบกระเทือนจากการกระทำดังกล่าว การใช้มาตรการแฝงตัวดังกล่าวจึงต้องกระทำภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย

มาตรการแฝงตัวถือว่าเป็นมาตรการบังคับทางอาญา (Compulsory Measures) อย่างหนึ่ง เช่นเดียวกับมาตรการบังคับทางอาญาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น การจับ การค้น การขัง ซึ่งกฎหมายถือว่ามาตรการบังคับเช่นนี้เป็นเครื่องมือสำคัญของเจ้าพนักงานและศาลในการดำเนินคดีที่จำเป็นต้องนำมาใช้รวบรวมพยานหลักฐานในการค้นหาความจริงในเนื้อหา มาตรการแฝงตัวจึงมีส่วนสำคัญต่อการป้องกันอาชญากรรม ทั้งยังช่วยให้เจ้าพนักงานมีหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของจำเลยในชั้นพิจารณาพิพากษาคดีอีกด้วย การใช้มาตรการบังคับทางอาญาดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่เกี่ยวข้องจะต้องมีการควบคุมการใช้มาตรการบังคับควบคุมกันไปด้วย เมื่อการแฝงตัวเป็นมาตรการบังคับทางอาญาจึงจำเป็นต้องมีการตรวจสอบและควบคุมการใช้มาตรการบังคับด้วย

การตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐในการดำเนินคดีอาญานั้น เป็นไปเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนรวมของรัฐกับประโยชน์ส่วนตัวของประชาชนของรัฐรูปแบบกระบวนการนิติธรรม เน้นในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยยึดถือหลักกฎหมาย เป็นกาจำกัดอำนาจของเจ้าหน้าที่ให้ต้องดำเนินการกฎหมายเท่านั้น การบังคับใช้กฎหมายโดยฝ่ายบริหารที่อยู่ในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย (Law Enforcement Officials) จะต้องสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ ซึ่งหลักนิติรัฐ หรือ รัฐที่ปกครองโดยยึดหลักกฎหมาย ซึ่งเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชนและเพื่อป้องกัน หรือแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างมีประสิทธิภาพ ก็คือ การให้ขั้นตอนดำเนินการในกระบวนการยุติธรรมทอาญาโปร่งใสทุกขั้นตอน (Transparency) เพื่อนำไปสู่การตรวจสอบการใช้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย (Accountability)¹ การควบคุมการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างรัดกุม ในการบังคับใช้มาตรการแฝงจะต้องได้รับอนุญาตจากองค์กรที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง

กฎหมายนั้น ๆ ต้องรักษาสมดุลระหว่างการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด การทำให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม ไปพร้อมกับการให้ความคุ้มครองต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เมื่อมาตรการบังคับมีการละเมิดต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลในการที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง เงื่อนไข หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการบังคับใช้กฎหมายก็จะต้องมีความชัดเจน

¹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 543.

ดังนั้นปัญหาของมาตรการแฝงตัวของประเทศไทยที่มีในปัจจุบัน ในประการแรกนั้นไม่พบว่ามิบัพัญญูติที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานใช้มาตรการแฝงตัวปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานในการใช้มาตรการบังคับทางอาญาเพื่อแสวงหาพยานหลักฐาน แต่กลับพบกระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายพิเศษ 3 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติกรมสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 การบัญญัติมาตรการแฝงตัวไว้ในกฎหมายพิเศษเช่นนี้ แสดงให้เห็นเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติว่าต้องการให้มีการใช้มาตรการแฝงตัวได้กับเฉพาะในคดีพิเศษและคดีฟอกเงินเท่านั้น แต่มิให้ใช้กับคดีประเภทอื่น ๆ การมีกฎหมายพิเศษจำนวนมากทำให้การใช้กฎหมายมีความยากลำบาก ผู้ใช้กฎหมายต้องเปิดกฎหมายหลายฉบับเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจแฝงตัว จนอาจทำให้การใช้กฎหมายผิดพลาดได้

ปัญหาประการที่สอง องค์กรผู้ใช้อำนาจอนุญาตให้ใช้มาตรการแฝงตัว ปัจจุบันกำหนดให้เป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาในการอนุมัติให้ใช้มาตรการแฝงตัว ทั้ง ๆ ที่มาตรการแฝงตัวเป็นมาตรการที่เจ้าพนักงานของรัฐแอบลักลอบเข้าไปปะปนอยู่กับกลุ่มอาชญากรโดยที่อาชญากรเหล่านั้นไม่รู้ตัว จนทำให้ฝ่ายรัฐได้มาซึ่งข้อมูลและพยานหลักฐานที่อาจนำมาดำเนินคดีกับอาชญากรเหล่านั้นได้ เป็นการที่รัฐไปหลอกล่อใช้ประโยชน์จากอาชญากรเหล่านั้น มาตรการแฝงตัวจึงเป็นมาตรการที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องสงสัยในคดีอาญา โดยเฉพาะสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง (Right against Self-Incrimination) การให้ผู้บังคับบัญชาเป็นผู้อนุมัติให้ใช้มาตรการจึงเป็นการไม่เหมาะสม เพราะขาดการตรวจสอบจากองค์กรภายนอกที่มีภาวะวิสัย

ปัญหาประการสุดท้าย ปัญหาขาดหลักเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขในการใช้มาตรการแฝงตัว ซึ่งปัจจุบันการแฝงตัวเป็นมาตรการบังคับทางอาญาชนิดหนึ่ง การใช้มาตรการนี้จะมีผลไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยรับรองและคุ้มครองเอาไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง แต่การใช้มาตรการแฝงตัวตามที่ปรากฏกลับไม่มีหลักเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขในการใช้มาตรการแฝงตัว แต่ให้เป็นดุลพินิจโดยสมบูรณ์ของผู้มีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนด การที่ไม่มีบัพัญญูติที่พุดถึงเงื่อนไขในการใช้มาตรการแฝงตัวเช่นนี้ ทำให้ผู้มีอำนาจอนุมัติมีดุลพินิจอย่างกว้างขวางมาก ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาตามมาหลายประการ เช่น การใช้มาตรการแฝงตัวไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่อยู่กับร่องกับรอย แกว่งไป

แก่งมา จนทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับคดีความไม่อาจคาดการณ์ล่วงหน้าได้เลยว่า กรณีใดจึงจะสามารถใช้มาตรการแฝงตัวได้

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเปรียบเทียบถึงหลักการของกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับมาตรการแฝงตัวที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดให้เจ้าพนักงานของรัฐแอบลักลอบเข้าไปปะปนอยู่กับกลุ่มอาชญากร โดยที่อาชญากรจนทำให้ฝ่ายรัฐได้มาซึ่งข้อมูลและพยานหลักฐานที่อาจนำมาดำเนินคดีกับอาชญากรเหล่านั้นได้ เป็นการที่รัฐไปหลอกล่อใช้ประโยชน์จากอาชญากรเหล่านั้น ซึ่งส่งผลให้เป็นมาตรการที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องสงสัยในคดีอาญา โดยเฉพาะสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง

ผู้เขียนขอเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาการกระจัดกระจายของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับมาตรการแฝงตัว องค์กรผู้มีอำนาจอนุญาตให้ใช้มาตรการแฝงตัว ปัญหาขาดหลักเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขในการใช้มาตรการแฝงตัว ทั้งนี้ข้อเสนอแนะที่เกิดขึ้นนี้ มาจากการวิเคราะห์ปัญหาที่กำลังเกิดขึ้นในปัจจุบันและเป็นการป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นในอนาคต เพื่อเป็นประโยชน์ในทางวิชาการและในทางปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ในการใช้มาตรการดังกล่าวได้อย่างถูกต้องและมีประสิทธิภาพ อันจะทำให้ป้องกันการกระทำความผิดอาญาควบคู่ไปกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนตัวของประชาชนมิให้ถูกระทบจากการใช้มาตรการดังกล่าวให้น้อยที่สุด

1. การบัญญัติมาตรการแฝงตัวไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กฎหมายต่างประเทศนั้นได้มีการบัญญัติมาตรการแฝงตัวไว้ในกฎหมายเพียงฉบับเดียว ประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดไว้ใน The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กำหนดไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มลรัฐเซาท์ออสเตรเลีย ประเทศออสเตรเลีย ได้กำหนดเรื่องการสอบสวนโดยวิธีการแฝงตัวไว้ในพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีอาญา (มาตรการแฝงตัว) ค.ศ. 2009 ซึ่งทุกองค์กรของรัฐสามารถใช้มาตรการ

การใช้มาตรการแฝงตัวของไทยในปรากฏอยู่ในกฎหมายพิเศษ ทั้ง 3 ฉบับได้แก่ พระราชบัญญัติกรมสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 จึงทำเกิดจากการกระจัด

กระจายกันไปตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรการบังคับเกี่ยวกับมาตรการ
 แฝงตัว ซึ่งควรบัญญัติให้มาตรการแฝงตัวเป็นมาตรการบังคับควรพิจารณากำหนดหลักการนี้ลงใน
 กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีฐานะเป็น บทกฎหมายทั่วไป และยกเลิกกฎหมาย
 พิเศษที่เกี่ยวข้องกับมาตรการแฝงตัว

2. องค์การผู้ให้อำนาจร้องขอแฝงตัว กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาได้และมลรัฐ
 เซาท์ออสเตรเลียได้กำหนดให้ เจ้าหน้าที่พิเศษหรือเจ้าหน้าที่ระดับสูง ระดับชั้นผู้กำกับการขึ้นไป
 ส่วนใน ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กำหนดให้อัยการหรือศาลเป็นผู้พิจารณา

การอนุญาตให้ใช้มาตรการแฝงตัวตามที่กฎหมายไทยได้กำหนดให้ต้องร้องขอต่อ
 อธิบดี หรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายซึ่งจะเห็นได้ว่าการอนุญาตให้ใช้มาตรการแฝงตัวดังกล่าวนี้ขาด
 การตรวจสอบถ่วงดุลที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะต้องได้รับการตรวจสอบถ่วงดุลจากองค์กรภายนอก
 เพื่อเป็นการคานอำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐและยังเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ
 ประชาชน ซึ่งจะต้องดำเนินการให้ถูกต้องตามหลักการในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ดังนั้น
 เห็นควรให้การอนุญาตให้ใช้มาตรการแฝงตัวควรจะต้องมีการขออนุญาตจากศาล เหมือนประเทศ
 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งมีการตรวจสอบจากองค์กรภายนอก ซึ่งปัจจุบันกฎหมายของ
 ประเทศไทยให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐเพิ่ม
 มากขึ้นโดยให้ศาลมีอำนาจออกมาตรการบังคับทางอาญา แต่ในขณะที่อีกสองประเทศนั้นมิได้มีการ
 ตรวจสอบภายนอกแต่จะเป็นการตรวจสอบภายในอย่างเช่น กฎหมายไทย

3. กำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการขออนุญาตแฝงตัว ประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนด
 ว่าหากจะใช้มาตรการจะต้อง ต้องมีเหตุอันควรสงสัย (reasonable suspicion) หรือ เหตุอันควรเชื่อ
 (probable cause) ว่ามีการกระทำผิดเกิดขึ้น ความเสี่ยงต่อการละเมิดความเป็นส่วนตัว หรือการ
 แทรกแซงความสัมพันธ์ที่พิเศษหรือที่ เป็นความลับ ตลอดจนการละเมิดสิทธิที่รัฐธรรมนูญหรือ
 กฎหมายอื่น ๆ ได้ให้ความคุ้มครอง ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีว่าหากจะใช้มาตรการ
 จะต้องมีเหตุบ่งชี้ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่เพียงพอ (Sufficient Factual Indications) ว่ามีการ
 กระทำผิดกฎหมายอาญาที่สำคัญเกิดขึ้น ส่วนมลรัฐเซาท์ออสเตรเลีย ว่าหากจะใช้มาตรการจะต้อง
 เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลเคยเข้าไปมีส่วนร่วม กำลังมีส่วนร่วม หรือกำลังจะเข้าไปมีส่วนร่วม

ในการกระทำความผิดทางอาญาร้ายแรง และมาตรการแฝงตัวที่มีความชอบธรรมทางสังคมเมื่อเปรียบเทียบกับอันตรายที่สังคมจะได้รับจากการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง

เนื่องจากปัจจุบันเมื่อพิจารณาความในพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 และข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐาน และการแฝงตัว พ.ศ. 2555 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 และระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ว่าด้วยการจัดทำเอกสารหลักฐานและการอำพรางตน พ.ศ. 2559 มิได้กำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการขออนุญาตแฝงตัวไว้แต่กำหนดไว้กว้างๆเพียงว่าให้มีอำนาจเข้าไปทำการแฝงตัวในกลุ่มองค์กรหรือกลุ่มบุคคลใดเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวน ซึ่งมีได้กำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขไว้ซึ่งทำให้การเข้าไปแฝงตัวไม่มีการกลั่นกรองถึงความสำคัญว่าควรจะใช้มาตรการนี้หรือไม่ ดังนั้นควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการแฝงตัวว่าจะเป็นการประโยชน์ต่อการดำเนินคดีหรือรัฐมากกว่า เหมือนประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศออสเตรเลีย ว่าต้องมีเหตุอันควรสงสัย (reasonable suspicion) หรือ เหตุอันควรเชื่อ (probable cause) ว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นและ ความเสี่ยงต่อการละเมิดความเป็นส่วนตัว และมาตรการแฝงตัวที่มีความชอบธรรมทางสังคมเมื่อเปรียบเทียบกับอันตรายที่สังคมจะได้รับจากการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

กมลชัย รัตนสกววงศ์ และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. แนวทางในการยกร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการ
ดักฟังทางโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้อง. กรุงเทพมหานคร :
สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ. 2540

กมลชัย รัตนสกววงศ์. พื้นฐานความรู้หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์นิติธรรม. 2537.

กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. ยุทธศาสตร์การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทย.

กুমพล พลวัน. พัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
2538.

คณิต ณ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. 2555

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. 2551.

จรรยา สุภาพ. หลักรัฐศาสตร์. กรุงเทพฯ : บริษัทสำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์ จำกัด. 2541.

ชาญณรงค์ ปราณจิตต์. คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาอาชญาเสพติด พ.ศ.2550. จัดพิมพ์โดย
สำนักงานศาลยุติธรรม, 2551

ญาดา รัตนอารักขา. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษและกรมสอบสวนคดีพิเศษ
(DSI). กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานคร พิมพ์ซึ่งจำกัด.

บรรเจิด สิงคนดิ. หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.
2540. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2543.

บรรเจิด สิงคนดิ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. กรุงเทพฯ :
สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2558.

ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
2525.

พงศ์พัฒน์ ฉายาพันธ์. ความรู้เบื้องต้นการสืบสวนอาชญากรรม. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วัน
ใหม่. 2537

โกคิน พลกุลและชาญชัย แสวงศักดิ์. หลักกฎหมายมหาชน เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
นิติธรรม. 2541

วรพจน์ วิส्रุตพิชญ์. นิติรัฐ : หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย ในหนังสือ
ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
 นิติธรรม. 2540

วรพจน์ วิส्रุตพิชญ์. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
 2538.

วรพจน์ วิส्रุตพิชญ์. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.
 พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2543.

สำนักงานกิจการยุติธรรม. กระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทย. พิมพ์ครั้งที่ 2 . กรุงเทพมหานคร:
 สำนักงานกิจการยุติธรรม. 2552

สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555

สุรพล ไตรเวทย์. การสอบสวนคดีพิเศษ. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 6
 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2549.

อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. "สิทธิของผู้ต้องหาในประเทศไทย," ใน สิทธิมนุษยชนและกระบวนการยุติธรรม
 ทางอาญาใน ประเทศไทย. (กรุงเทพมหานคร: สถาบันไทยคดีศึกษา
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และมูลนิธิโครงการตารา สมาคมสังคมศาสตร์ และ
 มนุษยศาสตร์. 2529.

อรรถพร ลิขิตจิตถะ และคณะ. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ หัวข้อ “เทคนิคการสืบสวนพิเศษ สถาบัน
 กฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด. 2548

อุดม รัฐอมฤต. การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามตามมาตรา
 28. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. 2544.

บทความ

กรรกริมย์ โกมลารชุน. “ ทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางอาญา : ศึกษาเฉพาะการ
 ควบคุม”. วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย. ฉบับที่ 1 ปีที่
 10.

กรรกริมย์ โกมลารชุน. “ วัตถุแห่งคดีในคดีอาญาคืออะไร”. วารสารกระบวนการยุติธรรม. เล่มที่ 2,
 ปีที่ 7.

ชานินทร์ กรัยวิเชียร. “บทบรรณาธิการ” บทบัญญัติ. เล่มที่ 20 ตอน 3.

ประธาน วัฒนวานิชย์. ระบบความยุติธรรมทางอาญา : แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุม
 อาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรม. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 9 ฉบับที่ 2.
 พันธ์ ทศนิยานนท์. “สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของชนชาวไทย”. วารสารนิติศาสตร์. เล่มที่ 3
 สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. “ขั้นตอนการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
 เฮอร์มนี”. อุลพาห 55, 1.

วิทยานิพนธ์

กรกาญจน์ อรุณพลอด. “การคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย :
 ศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างแนวคิดทางกฎหมายและกระบวนการบังคับใช้”. วิทยานิพนธ์
 ปริญญาโทระดับบัณฑิตจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2543
 จันทิwa โสมกลิ้ง. “การล่อซื้อยาเสพติดของเจ้าหน้าที่ : ศึกษาปัญหาการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่”.
 วิทยานิพนธ์ระดับบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. 2560
 ไพรัช โตสวัสดิ์. “การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของปฏิบัติทางปกครอง” วิทยานิพนธ์
 มหบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2547.
 ฤทธิศรี โชติกเสถียร. “การสืบสวนของเจ้าพนักงานปราบปรามยาเสพติด : ศึกษาเฉพาะกรณีการใช้
 อำนาจอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาอาชญากรรม พ.ศ.2550”. วิทยานิพนธ์
 มหบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2552

เอกสารออนไลน์

กระทรวงการต่างประเทศ. เครือรัฐออสเตรเลีย เข้าถึงเมื่อ 5 ตุลาคม 2561. แหล่งที่มา
<http://www.mfa.go.th/main/th/world/75/26794-เครือรัฐออสเตรเลีย.html>
 ห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ศาลยุติธรรม, "กฎหมายสิทธิบัตรออสเตรเลีย: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมาย
 ไทยเข้าถึงเมื่อ 20 กันยายน 2561. แหล่งที่มา
http://elib.coj.go.th/Article/cpt2011_3_5.pdf

ภาษาต่างประเทศ

Books

Duerig, Grundgesetz-Kommentar, Art.1, Abs.1, Rdnr.17

Newman, G. R., Sting Operations. Washington, DC: U.S. Department of Justice, Office of
Community Oriented Policing Services

Articles

Abdullah, M., and others. "Special Investigative Tools to Combat Transnational Organized Crime
(Toc)," in Resource Material Series No. 58, p. 232.

Amy Chang Lee. "The United States' Experience in the Investigation and Prosecution of
Transnational Organized Crime," in Resource Material Series No. 73, ed. Grace Lord
(Fuchu, Tokyo, : UNAFEI, 2007)

Farcis L. Ludes and Harold J. Gilbert. "Corpus Juriss Secundum." Vol. 77, St. Paul, Minn :
West Publishing Co; 1952.

Hay, B. L., "Sting Operations, Undercover Agents and Entrapment," Harvard Law and
Economics Discussion Paper.

Herbert L. Packer. "The Limits of the Criminal Sanction" (Stanford, CA: Stanford University
Press, 1968)

Herbert L. Packer. "Two Models of Criminal Procedure" (University of Pennsylvania Law
Review Founded , 1852)

Herbert L. Packer. "Two Models of the Criminal Process, In Criminal Justice and Crime
Control", Ed. John Muncie (Los Angeles: SAGE Publication, 2007), volume 1
(Vision of Justice)

Ian Freckelton. "Witness and the Privilege Against Self-incrimination" The Australian Law
Journal. Vol.59,1985.

Joh, E. E., "Breaking the Law to Enforce It: Undercover Police Participation in Crime" Stanford
Law Review

Justice, U.S. Department, " The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation
Undercover Operations "

Ross, J. E., “ Do Rules of Evidence Apply (Only) in the Courtroom Deceptive Interrogation in the United States and Germany”

Ross, J. E., “The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany”, American Journal of Comparative Law.

Ross, J. E., “Tradeoffs in Undercover Investigations: A Comparative Perspective”, University of Chicago Law Review.

Electronic Sources

Federal Bureau of Investigation, "Quick Facts," [Online] Accessed: may5, 2018. Available from:
<http://www.fbi.gov/about-us/quick-facts>

Germany Top Migration Land After U.S. in New OECD Ranking". Bloomberg. Accessed 10 October 2018. www.ditp.go.th/contents_attach

Government of South Australia Attorney-General's Department, "Criminal Investigation (Covert Operations) Act 2009," [Online] Accessed: September 20, 2018.

South Australian Legislation, "Criminal Investigation (Covert Operations) Act 2009," [Online] Accessed: September 20, 2018

The South Australian Government Gazette, "Administrative Arrangements (Administration of Criminal Investigation (Covert Operations) Act) Proclamation 2009," [Online] Accessed: September 20, 2018.

The United States Department of Justice, "The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations," [Online] Accessed: April 19, 2018. Available from:<https://www.justice.gov/archives/ag/undercover-and-sensitive-operations-unit-attorney-generals-guidelines-fbi-undercover-operations>

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

นางสาวสุกมล ปฐมอมรเลิศ

ประวัติการศึกษา

ปริญญานิติศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

พ.ศ. 2557

