

อำนาจของพนักงานสอบสวนในการแฝงตัว

ศุภมล ปฐมอมรเลิศ*

ผศ.ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน**

1. บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนมีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาถึงมาตรการแฝงตัวของเจ้าพนักงานของรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาและวิเคราะห์อำนาจของพนักงานสอบสวนในการแฝงตัว ว่ามีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างไร ทั้งนี้เพื่อนำไปสู่การกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขการใช้มาตรการ การบัญญัติกฎหมายการแฝงตัวไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือวิธีการในการควบคุม ตรวจสอบการใช้มาตรการแฝงตัวรวมถึงแนวทางการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย

จากการศึกษาพบว่ามาตรการแฝงตัวเป็นเทคนิคการสอบสวนพิเศษที่นำมาใช้สอบสวนการกระทำความผิดอาญาที่มีความซับซ้อนเพราะมีการนำเทคโนโลยีและวิธีการทางเทคนิคสมัยใหม่มาเป็นเครื่องมือ มีการดำเนินการอย่างเป็นระบบเครือข่ายและรูปองค์กรอาชญากรรมผู้กระทำความผิดเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญ ก่อให้เกิดความเสียหายและผลกระทบรุนแรงต่อระบบเศรษฐกิจ การเมือง ความมั่นคงของประเทศ และสังคม ฯลฯ โดยที่วิธีการแฝงตัวอยู่ในองค์กรต่างๆของรัฐ เช่น กรมสอบสวนคดีพิเศษ สำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด และสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินโดยให้เจ้าหน้าที่แฝงตัวเข้าไปสืบหาข้อมูลข่าวสาร ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดอาชญากรรมโดยไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการแฝงและเจ้าหน้าที่สามารถใช้มาตรการแฝงตัวได้โดยเพียงแต่ได้รับอนุญาตจากอธิบดีหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายเท่านั้นซึ่งมาตรการแฝงตัวนั้นถือว่าเป็นมาตรการบังคับชนิดหนึ่งที่จะต้องมีการตรวจสอบการออกหมาย ซึ่งไม่มีการตรวจสอบจากองค์กรภายนอก อันเป็นการตรวจสอบถ่วงดุล ถ้าไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้ชัดเจนการบังคับใช้กฎหมายก็จะกระทำไปได้อย่าง จะเห็นได้ว่าการสอบสวนโดยวิธีการแฝงตัวนั้นเป็นมาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งไม่สามารถอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนได้อย่างแท้จริง

ผู้เขียนได้วิเคราะห์มาตรการแฝงตัวของประเทศไทยเปรียบเทียบกับของต่างประเทศแล้วจึงเสนอแนวทางในการใช้มาตรการแฝงตัว โดยให้มีการกำหนดองค์กรของผู้มีอำนาจในการพิจารณาคำร้องขอแฝงตัว หลักเกณฑ์เงื่อนไขในการแฝงตัว เพื่อนำมาประกอบในการขออนุญาตต่อศาลในการใช้มาตรการแฝง

* นักศึกษาหลักสูตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

** ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ตัว การรวบรวมกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรการแฝงตัวที่กระจายอยู่ในองค์กรต่างๆไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้เป็นกฎหมายกลางเพื่อความเป็นบรรทัดฐานเดียวกัน

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 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.

2. บทนำ

การปฏิบัติการแฝงตัวเป็นเทคนิคการสอบสวนพิเศษที่นำมาใช้สอบสวนการกระทำความผิดอาญาที่มีความซับซ้อนเพราะมีการนำเทคโนโลยีและวิธีการทางเทคนิคสมัยใหม่มาเป็นเครื่องมือ มีการดำเนินการอย่างเป็นระบบเครือข่ายและรูปองค์กรอาชญากรรม ผู้กระทำความผิดเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญ ก่อให้เกิดความเสียหายและผลกระทบรุนแรงต่อระบบเศรษฐกิจ การเมือง ความมั่นคงของประเทศ และสังคมโดยที่ผ่านมาประเทศไทยมีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะ ที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานใช้มาตรการแฝงตัวโดยแอบลักลอบเข้าไปปะปนอยู่กับกลุ่มอาชญากร โดยที่อาชญากรเหล่านั้นไม่รู้ตัว จนทำให้ฝ่ายรัฐได้มาซึ่งข้อมูลและพยานหลักฐานที่อาจนำมาดำเนินคดีกับอาชญากรเหล่านั้นได้ ซึ่งมาตรการแฝงตัวนี้กระจัดกระจายกันอยู่ในหลายรูปแบบปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติต่าง ๆ หลายฉบับ ดังต่อไปนี้ พระราชบัญญัติกรมสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญา พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องมาตรการแฝงตัวโดยเจ้าพนักงานของรัฐแอบลักลอบเข้าไปปะปนอยู่กับกลุ่มอาชญากร โดยที่อาชญากรเหล่านั้นไม่รู้ตัว จนทำให้ฝ่ายรัฐได้มาซึ่งข้อมูลและพยานหลักฐานที่อาจนำมาดำเนินคดีอยู่ในพระราชบัญญัติต่าง ๆ เหล่านี้จะพบว่ามีระเบียบวิธีหลักเกณฑ์ รวมทั้งเงื่อนไขที่แตกต่างกันเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติแต่ละฉบับ ทำให้เกิดปัญหาการกระจัดกระจายของกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงกันมีการตีความการใช้กฎหมายที่แตกต่างกัน

มาตรการแฝงตัวถือเป็นมาตรการบังคับทางอาญาประเภทหนึ่ง ที่ไปกระทบถึงสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องสงสัยในคดีอาญา โดยเฉพาะสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง (Right against Self-Incrimination) การให้ผู้บังคับบัญชาเป็นผู้อนุมัติให้ใช้มาตรการจึงเป็นการไม่เหมาะสมเพราะขาดการตรวจสอบจากองค์กรภายนอกที่มีภาวะวิสัย ดังนั้นต้องใช้มาตรการนี้โดยให้ศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระเป็นผู้อนุมัติ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง ให้ไม่ต้องถูกกระทบกระเทือนมากเกินไปจากการบังคับใช้กฎหมายของรัฐ และเพื่อให้การบังคับใช้มาตรการดังกล่าวกระทำไปอย่างมีภาวะวิสัย โดยมีกระบวนการที่อยู่บนหลักของการตรวจสอบจากภายนอก และมาตรการแฝงตัวกลับไม่มีหลักเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขในการใช้มาตรการแฝงตัว แต่ให้เป็นดุลพินิจโดยสมบูรณ์ของผู้มีอำนาจตามที่กฎหมาย

¹ คณิศ ฌ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2555), น.266.

กำหนด หากเปรียบเทียบกับมาตรการบังคับทางอาญาอื่นที่ปรากฏในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ก็ปรากฏหลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขในการอนุมัติให้ใช้มาตรการเหล่านั้นอย่างชัดเจนเพื่อเป็นเหตุในการขออนุญาตใช้มาตรการ โดยจะพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

3. วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการแฝงตัวตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

เป็นมาตรการที่เจ้าพนักงานของรัฐแอบลักลอบเข้าไปปะปนอยู่กับกลุ่มอาชญากร โดยที่อาชญากรเหล่านั้นไม่รู้ตัว จนทำให้ฝ่ายรัฐได้มาซึ่งข้อมูลและพยานหลักฐานที่อาจนำมาดำเนินคดีกับอาชญากรเหล่านั้นได้ เป็นการที่รัฐไปหลอกล่อใช้ประโยชน์จากอาชญากรเหล่านั้น มาตรการแฝงตัวจึงเป็นมาตรการที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องสงสัยในคดีอาญา โดยเฉพาะสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง ดังนั้นการใช้มาตรการแฝงตัวนั้นกลับพบปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่งานเกินขอบเขตมุ่งที่จะปราบปรามอาชญากรรมจึงละเลยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในความเป็นส่วนตัวของประชาชนซึ่งจะได้เห็นจากปัญหาทางกฎหมายดังต่อไปนี้

3.1 ปัญหาเกี่ยวกับการกระจายของบทบัญญัติว่าด้วยมาตรการแฝงตัว

ปัจจุบัน ไม่พบว่ามียกเว้นบทบัญญัติที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานใช้มาตรการแฝงตัวปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานในการใช้มาตรการบังคับทางอาญาเพื่อแสวงหาพยานหลักฐาน แต่กลับพบกระจายอยู่ในกฎหมายพิเศษ 3 ฉบับ กฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ทำการแฝงตัวนั้นกระจายอยู่ในพระราชบัญญัติต่างๆ เช่น พระราชบัญญัติกรมสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มาตรา 27 และข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐานและการแฝงตัว พ.ศ. 2555. ข้อ 6 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาพิเศษ พ.ศ. 2550 มาตรา 7 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 46/1

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแฝงตัวของต่างประเทศกลับพบว่า

1. ประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติเรื่องการสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวไว้ในแนวทางปฏิบัติของอัยการสูงสุดว่าด้วยมาตรการแฝงตัวของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาโดยอาศัยอำนาจตามความในประมวลกฎหมายสหรัฐ ลักษณะ 28 มาตรา 509 มาตรา 510 และมาตรา 533 ซึ่งใช้บังคับกับการสอบสวนที่ดำเนินการโดยสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาซึ่งหน่วยงานรัฐอื่นๆต้องใช้กฎหมายของสำนักงานสอบสวนกลางเท่านั้น

2. ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการนำเอามาตรการแฝงตัวมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดเรื่องการ

สอบสวน โดยวิธีการแฝงตัวไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Strafprozeßordnung, STPO) Criminal Procedure Code

3. มลรัฐเซาท์ออสเตรเลีย บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการนำเอามาตรการแฝงตัวและการจัดทำตัวตนสมมุติมาใช้บังคับปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีอาญา (การปฏิบัติการลับ) ค.ศ. 2009

ซึ่งเมื่อพิจารณาจึงเห็นได้ว่ามาตรการแฝงตัวนั้นได้กระจายไปตามพระราชบัญญัติของแต่ละองค์กรซึ่งแต่ละองค์กรก็บังคับใช้กฎหมายที่ให้อำนาจเท่านั้น แต่หากมีการกระทำความผิดเกินขอบเขตของอำนาจกฎหมายแต่ละฉบับแล้วเจ้าพนักงานที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายแต่ละฉบับจะถูกจำกัดการใช้อำนาจของตนไปตามองค์ประกอบและเจตนารมณ์ของแต่ละพระราชบัญญัติ ซึ่งกฎหมายเฉพาะต่างๆเหล่านี้จะกำหนดอำนาจเจ้าพนักงานต้องบังคับไปตามกฎหมายของตน² ดังนั้นเพื่อแก้ไขปัญหาในการใช้มาตรการแฝงตัวที่อาจไม่มีความเป็นกลาง การใช้กฎหมายหลักกัน เพื่อให้กฎหมายมีกฎเกณฑ์ที่เป็นกลางทุกหน่วยงานที่บังคับใช้มาตรการแฝงตัวสามารถนำไปใช้ได้ทุกองค์กรจึงเห็นควรที่จะยกเลิกกฎหมายที่เกี่ยวกับมาตรการแฝงตัวที่มีอยู่ในพระราชบัญญัติต่างๆทั้งนี้ โดยพิจารณาเทียบเคียงจากกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มลรัฐเซาท์ออสเตรเลีย ประเทศออสเตรเลียซึ่งทั้ง 3 ประเทศได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการแฝงตัวเป็นกฎหมายกลางเพียงฉบับเดียว ทุกหน่วยงานของรัฐที่ใช้มาตรการแฝงตัวสามารถนำไปใช้กับทุกองค์กรของรัฐ ดังนั้นประเทศไทยจึงควรบัญญัติมาตรการแฝงตัวไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

3.2 องค์กรผู้ให้อำนาจอนุญาตให้ใช้มาตรการแฝงตัว

1. ประเทศสหรัฐอเมริกา The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations มาตรา IV.B และ IV.C การปฏิบัติการแฝงตัวซึ่งต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่พิเศษหรือได้รับอนุญาตจากสำนักงานใหญ่ของสำนักงานสอบสวนกลาง

2. ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดว่า การสอบสวนโดยการแฝงตัวจะต้องได้รับอนุญาตจากสำนักงานอัยการ แต่ถ้าเป็นสถานการณ์เร่งด่วนให้สามารถใช้มาตรการได้แล้วมาขออนุญาตภายหลังโดยเร็ว แต่ถ้าเป็นการแฝงตัวเพื่อสอบสวนผู้ต้องหาเฉพาะรายหรือเพื่อให้เข้าไปในเคสสถานที่บุคคลทั่วไปที่ไม่สามารถเข้าไปได้ต้องได้รับอนุญาตจากศาล

3. มลรัฐเซาท์ออสเตรเลีย ประเทศออสเตรเลีย พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีอาญา (การปฏิบัติการลับ) ค.ศ. 2009 ได้กำหนดว่า การสอบสวน โดยวิธีการแฝงตัวต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่

² ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนภาพพิมพ์, 2526), น. 57-58.

ระดับสูง (ตั้งแต่ชั้นผู้กำกับขึ้นไป) หรือ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตเพื่อให้อนุญาตให้ใช้มาตรการแฝงตัวโดยมีวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบการทุจริตในการบริหารงานของภาครัฐ

สำหรับประเทศไทยปัจจุบันการอนุญาตให้ใช้มาตรการแฝงตัวของแต่ละองค์กรตามพระราชบัญญัติดังต่อไปนี้ พระราชบัญญัติกรมสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญา พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 พบว่า กฎหมายทั้ง 3 ฉบับ กำหนดให้เป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาในการอนุมัติให้ใช้มาตรการแฝงตัวทั้ง ๆ มาตรการแฝงตัวจึงเป็นมาตรการที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องสงสัยในคดีอาญา โดยเฉพาะสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง การตรวจสอบนั้นเป็นไปตามโครงสร้างของการค้นหาความจริงที่ไม่เป็นทางการของเจ้าพนักงานซึ่งอาจเกิดความผิดพลาดได้ ซึ่งไม่มีการควบคุมการใช้มาตรการแฝงตัวจากองค์กรภายนอกมีเพียงแต่การควบคุมตรวจสอบจากองค์กรภายในเท่านั้น จึงเห็นได้ว่ามีความจำเป็นที่จะต้องให้องค์กรภายนอกเป็นผู้ตรวจสอบถ่วงดุล เมื่อวิธีการสอบสวนเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจึงควรที่จะมีการตรวจสอบการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่สอบสวนที่ดำเนินการแฝงตัว ซึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาถือว่าศาลเป็นองค์กรที่ได้รับความเชื่อถือถือว่ามีความเป็นกลาง ทั้งนี้ การที่กฎหมายบัญญัติให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจในการออกหมายอาญานั้นก็เพื่อให้เกิดการตรวจสอบภายนอก⁴

จากการศึกษาพบว่าประเทศสหรัฐอเมริกาและมลรัฐเซาท์ออสเตรเลียได้ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่พิเศษหรือได้รับอนุญาตจากสำนักงานใหญ่ของสำนักงานสอบสวนกลางและเจ้าหน้าที่ระดับสูง (ตั้งแต่ผู้บังคับการขึ้นไป) หรือ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ซึ่งทั้งสองประเทศนี้ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือกฎหมายจารีตประเพณี ส่วนประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีการสอบสวนโดยการแฝงตัวต้องได้รับได้รับอนุญาตจากสำนักงานอัยการแต่ในกรณีการใช้เจ้าหน้าที่แฝงตัวเพื่อสอบสวนผู้ต้องหาเฉพาะรายหรือเพื่อให้เจ้าหน้าที่แฝงตัวเข้าไปในเคหสถานที่บุคคลทั่วไปที่ไม่สามารถเข้าไปได้ต้องได้รับอนุญาตจากศาล ซึ่งเป็นกฎหมายระบบลายลักษณ์อักษร ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของไทยจะเป็นผู้บัญชาการจะเป็นผู้อนุญาตทำให้ขาดการตรวจสอบ ไม่เกิดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มีความเห็นว่าจะต้องให้การสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวซึ่งเป็นมาตรการบังคับทางอาญาจำเป็นต้องได้รับการอนุญาตจากศาล เหมือนกับกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เนื่องจากมี

³ 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.

⁴ กุมพล พลวัน, การบริหารกระบวนการยุติธรรม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม,2554), น.64.

⁵ 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.

การตรวจสอบจากองค์กรภายนอกและเป็นการใช้ระบบกฎหมายเดียวกันกับประเทศไทย ส่วนที่มีได้ให้อัยการเป็นผู้มีอำนาจในการอนุญาตเนื่องจาก การสอบสวนโดยวิธีการแฝงตัวเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจึงควรที่จะมีการตรวจสอบการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่สอบสวนที่ดำเนินการแฝงตัว ซึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ถือว่าศาลเป็นองค์กรที่ได้รับความเชื่อถือว่ามีความเป็นกลาง และกฎหมายให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐเพิ่มมากขึ้น โดยให้ศาลมีอำนาจออกมาตรการบังคับทางอาญา การจับ การค้น การขัง ในปัจจุบัน ซึ่งศาลจะเป็นผู้ทำหน้าที่ในการตรวจสอบถ่วงดุลให้ฝ่ายบริหารปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งศาลจะเป็นผู้ตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานที่ดำเนินการเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา กับมลรัฐเซาท์ออสเตรเลีย นั้นไม่มีการตรวจสอบจากองค์กรภายนอก

ดังนั้นเพื่อให้เกิดการตรวจสอบและเป็นกลางต่อประชาชนที่จะถูกสอบสวนด้วยวิธีการแฝงตัวมีหลักประกันว่าเจ้าหน้าที่จะไม่ใช้อำนาจตามใจตนเอง การตรวจสอบจะต้องเป็นไปตามโครงสร้างที่เป็นทางการของกฎหมาย⁶ องค์กรที่มีความบริสุทธิ์ยุติธรรม โปร่งใสเพื่อคุ้มครองสิทธิและความเป็นส่วนตัว สิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง ได้แก่ศาลยุติธรรม

3.3 ปัญหาไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการแฝงตัว

1. ประเทศสหรัฐอเมริกาตาม The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations บัญญัติหลักการหลักเกณฑ์ไว้ว่า เจ้าพนักงานผู้ซึ่งมีอำนาจพิจารณาหรืออนุญาตตามคำร้องขอให้ใช้มาตรการแฝงตัว จะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างความเสี่ยงและผลประโยชน์ของการดำเนินการ นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาถึงเหตุดังต่อไปนี้ด้วย กล่าวคือ

- 1). ต้องมีเหตุอันควรสงสัย (reasonable suspicion) หรือ เหตุอันควรเชื่อ (probable cause) ว่ามีการกระทำผิดเกิดขึ้น⁷
- 2). ความเสี่ยงในการก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคล ความเสียหายทางทรัพย์สิน ความเสียหายทางการเงินต่อบุคคลหรือองค์กรธุรกิจ ความเสียหายต่อชื่อเสียง หรือภัยอันตรายต่อบุคคลประการอื่น
- 3). ความเสี่ยงต่อความลับทางแพ่ง หรือความเสียหายอื่นของรัฐบาล
- 4). ความเสี่ยงต่อการละเมิดความเป็นส่วนตัว หรือการแทรกแซงความสัมพันธ์ที่พิเศษหรือที่เป็นความลับ ตลอดจนการละเมิดสิทธิที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น ๆ ได้ให้ความคุ้มครอง

⁶ 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.

⁷ 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.

5). ความเสี่ยงของบุคคลผู้ซึ่งมีส่วนร่วมในมาตรการแฝงตัวที่อาจจะเข้าไปเกี่ยวข้องกับการกระทำที่ผิดกฎหมายซึ่งต้องห้ามตามความในข้อ IV.H

6). ความเหมาะสมของการมีส่วนร่วมของรัฐบาลในประเภทของการกระทำอันได้รับการคาดการณ์ว่าจะเกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินการ

2. ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติหลักการหลักเกณฑ์ไว้ว่า เมื่อมีเหตุบ่งชี้ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่เพียงพอ (Sufficient Factual Indications) ว่ามีการกระทำผิดกฎหมายอาญาที่สำคัญเกิดขึ้น⁸

3. มลรัฐเซาท์ออสเตรเลีย ประเทศออสเตรเลีย

ห้ามมิให้ตำรวจระดับสูงหรือคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตอนุญาตให้นำมาตรการแฝงตัวมาใช้บังคับ เว้นแต่จะปรากฏเหตุดังต่อไปนี้

1). เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลเคยเข้าไปมีส่วนร่วม กำลังมีส่วนร่วม หรือกำลังจะเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดทางอาญาร้ายแรง โดยที่เจ้าพนักงานจะรู้ตัวตนของบุคคลนั้นหรือไม่ก็ตาม และ

2). เมื่อเป็นที่พอใจว่าขอบเขตของการนำมาตรการแฝงตัวไม่ได้กว้างเกินความจำเป็น ทั้งนี้เมื่อพิจารณาจากสภาพและขอบเขตของการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงที่ต้องสงสัย และ

3). เมื่อเป็นที่พอใจว่ามาตรการแฝงตัวนั้นมีความสอดคล้องและได้สัดส่วนนั้นคือมาตรการแฝงตัวที่มีความชอบธรรมทางสังคมเมื่อเปรียบเทียบกับภัยอันตรายที่สังคมจะได้รับจากการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง

เนื่องจากปัจจุบันเมื่อพิจารณาความในพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 และข้อบังคับกรมสอบสวนคดีพิเศษว่าด้วยการจัดทำเอกสาร หลักฐาน และการแฝงตัว พ.ศ. 2555 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 และระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ว่าด้วยการจัดทำเอกสารหลักฐานและการอำพรางตน พ.ศ. 2559 มิได้กำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการขออนุญาตแฝงตัวไว้แต่กำหนดไว้กว้างๆเพียงว่าให้มีอำนาจเข้าไปทำการแฝงตัวในกลุ่มองค์กรหรือกลุ่มบุคคลใดเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวน ซึ่งมีได้กำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขไว้

เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของกฎหมายต่างประเทศแล้วพบว่าล้วนให้ความสำคัญต่อรายละเอียดในการกำหนดเงื่อนไขที่จะขอใช้มาตรการ ต้องมีหลักเกณฑ์สำคัญคือ “ต้องมีเหตุอันควรสงสัย (reasonable suspicion) หรือ เหตุอันควรเชื่อ (probable cause) ว่ามีการกระทำผิดเกิดขึ้น” หรือมาตรการแฝง

⁸ 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.

ตัวนั้นมีความสอดคล้องและได้สัดส่วนนั้นคือมาตรการแฝงตัวที่มีความชอบธรรมทางสังคมเมื่อเปรียบเทียบกับภัยอันตรายที่สังคมจะได้รับจากการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง หรือความเสี่ยงต่อการละเมิดความเป็นส่วนตัว หรือการแทรกแซงความสัมพันธ์ที่พิเศษหรือที่เป็นความลับ ตลอดจนการละเมิดสิทธิที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น ๆ ได้ให้ความคุ้มครอง ส่วนหลักเกณฑ์รายละเอียดข้อย่อยจะต้องพิจารณาให้เหมาะสมกับบริบทของสังคมเพื่อความชัดเจนในการขอใช้มาตรการแฝงตัวจากศาล ดังนั้น ควรกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขสำคัญมาเป็นส่วนที่จะมาช่วยเสริมให้มาตรการแฝงตัวของประเทศไทยมีความสมบูรณ์และการขออนุญาตจากศาลเพื่อนำมาตรการแฝงตัวไปใช้และเป็นการป้องกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วยและการกระทำนั้นเป็นประโยชน์ต่อรัฐและช่วยป้องกันอาชญากรรมและเป็นไปตามกระบวนการทางกฎหมายที่ถูกต้อง โปร่งใส ตรวจสอบได้ ดังนั้นมาตรการแฝงตัวจึงควรบัญญัติกฎหมายและเงื่อนไขที่จะอนุญาตให้ใช้มาตรการแฝงตัว

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

โดยสรุปปัญหาของอำนาจของพนักงานสอบสวนในการแฝงตัวของประเทศไทยที่มีในปัจจุบันในประการแรกนั้น การกระจายของบทบัญญัติว่าด้วยมาตรการแฝงตัวอยู่ในกฎหมายพิเศษ ซึ่งมาตรการแฝงตัวปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานในการใช้มาตรการบังคับทางอาญาเพื่อแสวงหาพยานหลักฐาน ปัญหาประการต่อมาคือ ขอบเขตในการใช้มาตรการแฝงตัว ประกอบไปด้วย องค์การผู้มีอำนาจอนุญาตให้ใช้มาตรการแฝงตัว ปัญหาขาดหลักเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขในการใช้มาตรการแฝงตัว

จากการศึกษาผู้เขียนเสนอแนะการนำหลักกฎหมายต่างประเทศมาสร้างหลักกฎหมายเรื่องอำนาจของเจ้าพนักงานสอบสวนในการแฝงตัวที่มีความเป็นภาวะวิสัย ดังนี้

4.1 บัญญัติมาตรการแฝงตัวไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อให้มาตรการแฝงตัวเป็นแนวทางเดียวกันในทางปฏิบัติและการบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีเอกภาพ และการตีความกฎหมายที่ลึกลับ และคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และเห็นสมควรที่จะยกเลิกกฎหมายเฉพาะของแต่ละองค์การที่ใช้มาตรการแฝงตัว

3.2 การอนุญาตให้ใช้มาตรการแฝงตัว ซึ่งเป็นมาตรการบังคับทางอาญาผู้มีอำนาจอนุญาตให้ใช้มาตรการคือ ศาล ซึ่งถือว่าเป็นองค์ที่มีความเป็นอิสระแยกต่างหากจากฝ่ายบริหารสามารถพิจารณาโดยใช้ดุลพินิจในการอนุมัติให้ใช้มาตรการ ถือว่าเป็นการตรวจสอบถ่วงดุลจากองค์กรภายนอกที่มีความยุติธรรม

3.3 หลักเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขในการใช้มาตรการ เพื่อให้การขอใช้มาตรการสามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่เกี่ยวข้องในการใช้มาตรการแฝงตัว นอกจากหลักสำคัญที่ว่าเมื่อไม่สามารถรวบรวมพยานหลักฐานได้โดยวิธีการตามปกติแล้ว ควรกำหนดว่า ต้องมีเหตุอันควรสงสัย (reasonable

suspicion) หรือ เหตุอันควรเชื่อ (probable cause) ว่ามีการกระทำผิดเกิดขึ้น และ มาตรการแฝงตัวที่มีความชอบธรรมทางสังคมเมื่อเปรียบเทียบกับภัยอันตรายที่สังคมจะได้รับจากการกระทำผิดอาญาร้ายแรงและความเสี่ยงต่อการละเมิดความเป็นส่วนตัว หรือการแทรกแซงความสัมพันธ์ที่พิเศษหรือที่เป็นความลับ ตลอดจนการละเมิดสิทธิที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น ๆ ได้ให้ความคุ้มครอง ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลได้พิจารณาถึงมูลเหตุที่แท้จริงในการขอใช้มาตรการ

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

กมล พลวัน, การบริหารกระบวนการยุติธรรม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2554)

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

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

ARTICLE

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).

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*.