

### 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 เพื่อที่ประชาชนจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่ตนเองต้องการ<sup>1</sup>

อย่างไรก็ดี การที่รัฐยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญไม่ได้หมายความว่า รัฐจะยอมให้ประชาชนใช้สิทธิและเสรีภาพของตนกระทำการต่างๆ ได้โดยปราศจากการแทรกแซงใด ๆ จากเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะรัฐมีผลประโยชน์ของส่วนรวม

---

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

หรือผลประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ที่จะต้องดำรงรักษาไว้ ในการดำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของส่วนรวมหรือผลประโยชน์สาธารณะ รัฐจำเป็นต้องบังคับให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้หากว่ามีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้กระทำได้และเป็นการทั่วไป กล่าวคือ รัฐไม่เพียงมีบทบัญญัติป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจเกินขอบเขต แต่ต้องมีบทบัญญัติให้มีรัฐบาลที่สามารถรักษากฎหมายและความสงบเรียบร้อยไว้ได้<sup>2</sup> ดังนั้น กฎหมายจะให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็แต่เพียงเท่าที่จำเป็นในการดำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะเท่านั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่เกินเลยกว่าความจำเป็นแก่การดำรงไว้ซึ่งผลประโยชน์ย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ<sup>3</sup>

การต้องเข้าไปสืบหาข้อมูลข่าวสาร ข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดในองค์กรอาชญากรรมด้วยวิธีการแฝงตัว (Undercover Operation) เพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม เป็นภารกิจหลักของรัฐประการหนึ่งซึ่งเป็นการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนโดยส่วนรวม การที่รัฐจะใช้มาตรการบังคับใดที่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้น จะต้องมียุทธศาสตร์ไว้เท่านั้น และการที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้จะต้องเป็นการกระทำที่ได้สัดส่วนและเท่าที่จำเป็นภายใต้กฎหมาย โดยจะต้องมีการคานน้ำหนักอย่างยุติธรรมระหว่างผลประโยชน์ของรัฐที่อาจได้จากการเข้าไปสืบหาข้อมูลข่าวสาร ข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดในองค์กรอาชญากรรม กับสิทธิและเสรีภาพที่อาจถูกระทบกระเทือนจากการกระทำดังกล่าว การใช้มาตรการดังกล่าวจึงต้องกระทำภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย

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

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

<sup>3</sup> เพิ่งอ้าง, น. 3.

เข้าไปปล่่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนคนใดคนหนึ่ง เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นจะต้องแสดงได้ว่า มีกฎหมายฉบับใดให้อำนาจตนกระทำการเช่นนั้น<sup>4</sup>

การดำเนินคดีอาญาเป็นเรื่องของหลักการตรวจสอบ เจ้าพนักงานและศาลต่างมีหน้าที่ จะต้องตรวจสอบค้นหาความจริงในเรื่องที่กล่าวหาโดยปราศจากข้อผูกมัดใด ๆ<sup>5</sup> การตรวจสอบความจริงส่วนหนึ่งทำได้โดยการสอบสวน ตามมาตรา 2 (11) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา<sup>6</sup> ซึ่งมีเนื้อหาอยู่ 2 ประการด้วยกัน กล่าวคือ การรวบรวมพยานหลักฐานและการใช้มาตรการบังคับ<sup>7</sup> ในการดำเนินคดีอาญาของเจ้าพนักงานและศาลเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมอาจจำเป็นต้องใช้มาตรการบังคับทางอาญา (Compulsory Measure) ซึ่งมาตรการบังคับทางอาญาที่ปรากฏในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้แก่ การจับ การค้น การควบคุม และการขัง แต่การใช้มาตรการบังคับทางอาญาดังกล่าวล้วนเป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทั้งสิ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการค้นและการจับที่ส่งผลกระทบต่ออย่างมากจึงต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลรวมไปถึงการที่ให้เจ้าพนักงานมีอำนาจในการ เจาะเลือด ชูดเนื้อเยื่อ ถอนเส้นผม ซึ่งล้วนแต่เป็นมาตรการบังคับทางอาญาทั้งสิ้น<sup>8</sup> จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมการใช้มาตรการบังคับทางอาญา มิเช่นนั้นการใช้อำนาจดังกล่าวของเจ้าหน้าที่จะทำให้เกิดการใช้อำนาจที่ไร้ขอบเขตและมีการกักขังดูแลไม่ทั่วถึง เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้เป็นเพียงกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการดำเนินคดีอาญาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมเท่านั้นแต่ยังเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup>ไพรัช โดสวัสดี, “การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของปฏิบัติทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์ มหามบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 5.

<sup>5</sup> คณิต ฅ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น. 69.

<sup>6</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (11)

<sup>7</sup> คณิต ฅ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น. 422.

<sup>8</sup> สุรพล ไตรเวทย์, การสอบสวนคดีพิเศษ, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), น.43.

<sup>9</sup> คณิต ฅ 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)<sup>10</sup> ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

#### 3.2.1 รูปแบบควบคุมอาชญากรรม (Crime control Model)

รูปแบบการควบคุมอาชญากรรมตั้งอยู่บนพื้นฐานความคิดที่ว่า การควบคุมและปราบปรามการทำความผิดทางอาญาเป็นหน้าที่สำคัญที่สุดขององค์กรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยมองว่าการที่เจ้าพนักงานของรัฐไม่สามารถควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมหรือนำตัวผู้กระทำความผิดมารับโทษตามกฎหมาย เป็นการแสดงให้เห็นถึงระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ไร้ประสิทธิภาพอันส่งผลต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและเสรีภาพของประชาชน ประชาชนที่ปฏิบัติตามกฎหมายกลายเป็นเหยื่อของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ความปลอดภัยของบุคคลและทรัพย์สินของเขาตกลงอย่างรวดเร็ว ดังนั้น เสรีภาพในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะสมาชิกของสังคมก็เช่นกันการเรียกร้อง ในท้ายที่สุดก็คือ กระบวนการทางอาญาเป็นผู้รับประกันเสรีภาพทางสังคม เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์รูปแบบการควบคุมอาชญากรรม กำหนดให้รูปแบบการควบคุมอาชญากรรมต้องให้ความสนใจกับประสิทธิภาพที่กระบวนการทางอาญาดำเนินการ กลั่นกรองผู้ต้องสงสัย กำหนดความผิดและรักษาความปลอดภัย การจัดการที่เหมาะสมของบุคคลที่ถูกตัดสินว่ามีความผิดทางอาญา รูปแบบความคิดนี้ให้รัฐใส่ใจกับประสิทธิภาพของกระบวนการทางอาญา<sup>11</sup> ประสิทธิภาพของกระบวนการทางอาญา หมายถึง การควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมอย่างเด็ดขาด ตลอดจนต้องมีสถิติการจับกุมผู้กระทำความผิดในอัตราที่สูง และการดำเนินการตามกระบวนการขั้นตอนต่าง ๆ ต้องเป็นไปอย่างรวดเร็วและแน่นอน ขั้นตอนต่างๆ ในกระบวนการทางอาญาจะต้องไม่มีแบบพิธีที่เป็นอุปสรรคต่อการค้นหาข้อเท็จจริง การดำเนินคดีและการพิจารณาพิพากษาคดี<sup>12</sup>

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

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

<sup>12</sup> 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 สามารถเชื่อถือได้<sup>13</sup> ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า การบังคับใช้กฎหมายอาญาตามรูปแบบ ดังกล่าวให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานมาก ในขณะที่การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นไปอย่างจำกัด<sup>14</sup>

### 3.2.2 รูปแบบกระบวนการนิติธรรม (Due Process Model)

หากเปรียบเทียบรูปแบบการควบคุมอาชญากรรมเป็นดั่งสายพาน รูปแบบกระบวนการนิติธรรมก็จะเหมือนกับทางวิ่งวิบากเนื่องจากแต่ละขั้นตอนถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อสร้างความยุ่งยากในการเอาตัวผู้ถูกกล่าวหาไว้ในกระบวนการทางอาญาต่อไป รูปแบบความคิดนี้ไม่ได้ตรงกันข้ามกับรูปแบบควบคุมอาชญากรรมแต่มิได้ปฏิเสธการปราบปรามอาชญากรรม เพียงแต่เชื่อมั่นในโครงสร้างที่เป็นทางการของกฎหมายมากกว่า<sup>15</sup> ในขณะที่รูปแบบการควบคุมอาชญากรรมเชื่อมั่นในกระบวนการค้นหาความจริงและให้ความเชื่อถือกับความสามารถของเจ้าพนักงานผู้ทำหน้าที่สอบสวนและฟ้องคดีอย่างมาก แต่รูปแบบกระบวนการนิติธรรมกลับปฏิเสธการค้นหาความจริงที่ไม่เป็นทางการและกระทำโดยเจ้าพนักงานเนื่องจากมีความเป็นไปได้ที่จะผิดพลาด<sup>16</sup> ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรมนั้นมีเป้าหมายหลักในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยยึดถือหลักกฎหมายเป็นสำคัญ โดยมองว่า การที่ตำรวจและอัยการใช้อำนาจในการค้นหาข้อเท็จจริงและใช้ดุลพินิจตัดสินความชอบหรือไม่ชอบในขั้นตอนต่าง ๆ นั้น ส่วนมากจะกระทำลงในที่รโหฐาน ซึ่งเจ้าพนักงานอาจใช้วิธีการล่อลวง ขู่เข็ญ หรือสร้างพยานหลักฐานขึ้นมาใหม่ได้ จึง

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

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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 ยังต้องจัดให้มีการพิจารณาคดีหรือการไต่สวนข้อกล่าวหาของผู้ต้องหาหรือจำเลยทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายต่อหน้าองค์คณะผู้พิพากษาผู้ซึ่งปราศจากอคติในศาลยุติธรรมอย่างเป็นทางการ และโดยเปิดเผยอีกด้วย<sup>17</sup> ตัวอย่างเช่น บุคคลจะไม่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดอาญาโดยอาศัยเพียงแค่พยานหลักฐานที่ปรากฏเท่านั้น แต่จะมีความผิดก็ต่อเมื่อศาลได้พิจารณาพิพากษาแล้วว่า จำเลยได้ กระทำความผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น ทั้งนี้ ศาลต้องพิจารณาแล้วได้ ความว่า การดำเนินการต่าง ๆ ของเจ้าพนักงาน เช่น การจับ การค้นและยึด การสอบสวน อายุความ การดำเนินคดีหรือลงโทษซ้ำในฐานความผิดเดียวกัน จักต้องกระทำลง โดยให้ความคุ้มครองต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไปพร้อมกัน<sup>18</sup> ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการบังคับใช้กฎหมายอาญาตามรูปแบบดังกล่าวมุ่งให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างกว้างขวาง ในขณะที่การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานต้องกระทำลงภายใต้หลักกฎหมายหรือหลักนิติธรรม

การบังคับใช้กฎหมายอาญาตามรูปแบบการควบคุมอาชญากรรมและรูปแบบกระบวนการนิติธรรมนั้นต่างมีวัตถุประสงค์ที่เหมือนกัน คือ การดำรงรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของสังคม รูปแบบทั้งสองเพียงมีแนวความคิดเรื่องการบังคับใช้กฎหมายอาญาที่ขัดแย้งกันเนื่องมาจากวิธีการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวมีความแตกต่างกันเท่านั้น<sup>19</sup> เพราะฉะนั้น ในสังคมที่มีการควบคุมอาชญากรรมได้คืออยู่แล้ว จึงควรมุ่งเน้นเรื่องการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ โดยนำเอารูปแบบการบังคับใช้กฎหมายอาญาตามทฤษฎีกระบวนการนิติธรรมมาใช้ ในทางกลับกัน สังคมที่มีการควบคุม

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

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

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

อาชญากรรมยังคงขาดไว้ซึ่งประสิทธิภาพ ควรมุ่งเน้นถึงเรื่องการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมอย่างรวดเร็ว โดยนำเอารูปแบบการควบคุมอาชญากรรมมาใช้บังคับ<sup>20</sup>

นอกจากนี้ แนวคิดเรื่องการบังคับใช้กฎหมายอาญาตามทฤษฎีทั้งสองนั้นต่างก็มีข้อเด่นและข้อด้อยแตกต่างกันออกไป ซึ่งไม่สามารถนำรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งมาใช้เพียงอย่างเดียวได้ ต้องมีการผสมผสานกันของทั้งสองรูปแบบ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพต่อกระบวนการทางอาญาที่เหมาะสม กล่าวคือ ต้องไม่คำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลจนไร้ขอบเขตซึ่งจะส่งผลให้การควบคุมอาชญากรรมไร้ประสิทธิภาพ ในขณะที่เดียวกัน ก็ไม่มุ่งที่จะควบคุมอาชญากรรมจนกระทบถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคล<sup>21</sup> ดังนั้น การนำเอาตัวแบบมาบังคับใช้ให้เกิดความสมดุลกันให้มากที่สุดย่อมก่อให้เกิดรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ดีและเหมาะสมขึ้นนั่นเอง<sup>22</sup>

ความแตกต่างระหว่างความคิดของรูปแบบควบคุมอาชญากรรมและรูปแบบกระบวนการยุติธรรมจึงอยู่ที่วิธีการปฏิบัติ (Procedures) ในทางทฤษฎี ความคิดทางด้านควบคุมอาชญากรรมอาจส่งผลทำให้สังคมยอมรับการปฏิบัติที่มีขอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่บางประการ เช่น การจับกุมที่มีขอบ การสอบสวนโดยใช้วิธีการบังคับขู่เข็ญ และการแฝงตัวหรือวิธีการอื่นใด ส่วนแนวความคิดกระบวนการนิติธรรมเน้นทางด้าน การแสวงหาข้อเท็จจริงที่เชื่อถือได้ ในกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือละเมิดกฎหมาย ศาลจะต้องไม่รับฟังข้อเท็จจริงที่ได้ได้มาจากการแฝงตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐ<sup>23</sup>

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

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

<sup>22</sup> กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, ยุทธศาสตร์การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทย, หน้า 16-17.

<sup>23</sup> 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 เพื่อเขาจะสามารถกำหนดความประพฤติของเขาให้สอดคล้องกับกฎหมายได้<sup>24</sup>

มาตรการแฝงตัวเป็นการดำเนินการเพื่อรวบรวมพยานข้อมูล ข้อเท็จจริง และพยานหลักฐาน อันจะทำให้ความจริงแท้ปรากฏขึ้น แต่การดำเนินการดังกล่าวก็จะทำโดยปราศจากขอบเขตจนไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไม่ได้

<sup>24</sup> กรรณิรมย์ โกมลารชุน, “ วัตถุประสงค์ในคดีอาญาคืออะไร,” วารสารกระบวนการยุติธรรม, เล่มที่ 2, ปีที่ 7, น. 5-7, (พฤษภาคม-สิงหาคม 2557).

### 3.4 มาตรการบังคับทางอาญาในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรการบังคับทางอาญา (Criminal Sanction) หมายถึง มาตรการบังคับต่าง ๆ ในกฎหมายอาญาที่จะใช้กับผู้กระทำความผิด ได้แก่ โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่น<sup>25</sup>

มาตรการบังคับ (Compulsory Measures) คือเครื่องมือในการดำเนินคดีอาญาที่สำคัญและจำเป็นต้องมีเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานมาดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิด เพราะหากขาดมาตรการบังคับโดยสิ้นเชิงแล้ว การดำเนินคดีอาญาก็ย่อมไม่อาจกระทำได้ แล้วจะต้องมีการควบคุมการใช้มาตรการบังคับควบคุมคู่กันไปด้วย<sup>26</sup>

การใช้มาตรการบังคับทางอาญา ไม่ว่าจะเป็นการจับ การค้น การขัง รวมถึงการแฝงตัวเป็นไปเพื่อการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อค้นหาความจริงในคดี แต่การใช้มาตรการบังคับทางอาญาดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่เกี่ยวข้อง เช่น การละเมิดเสรีภาพในการเคลื่อนไหวร่างกาย สิทธิในเคหสถาน ความสมบูรณ์ของร่างกาย ซึ่งอาจเกิดจากการเจาะเลือดไปตรวจ การขูดเนื้อเยื่อ ถอนเส้นผม เส้นขน ละเมิดสิทธิในการตัดสินใจอย่างเป็นอิสระในเรื่องข้อมูลส่วนตัว และสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฎิปักษ์ต่อตนเอง<sup>27</sup> การใช้มาตรการบังคับจึงต้องกระทำด้วยความระมัดระวังไม่ให้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินขอบเขต

ในเมื่อการแฝงตัวเป็นมาตรการบังคับทางอาญาประเภทหนึ่งที่ไม่กระทบถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเช่นเดียวกับมาตรการบังคับทางอาญาชนิดอื่น ๆ จึงจำเป็นต้องมีการตรวจสอบและควบคุมการใช้มาตรการบังคับด้วย การแฝงตัวเป็นวิธีการหนึ่งที่เจ้าพนักงานสอบสวนที่ได้ทำการแฝงตัวเข้าไปในองค์กรอาชญากรรมที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ระบบเศรษฐกิจ และสังคม ฯลฯ เพื่อต้องการเข้าไปสืบหาข้อมูลข่าวสาร ข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อกฎหมายในองค์กรอาชญากรรมเหล่านี้

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

<sup>25</sup> คณิต ฅ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2551), น.377.

<sup>26</sup> เพิ่งอ้าง, น.226.

<sup>27</sup> กรรกริมย์ โกมลารชุน, “ทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางอาญา : ศึกษาเฉพาะการควบคุม,” วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, ฉบับที่ 1, ปีที่ 10, น. 4, (มิถุนายน 2561).

บังคับนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือหมายเป็นเครื่องแสดงถึงอำนาจในการใช้มาตรการบังคับ<sup>28</sup> การแผ่ตัวถือเป็นมาตรการบังคับชนิดหนึ่งที่ไม่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

### 3.5 สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่อาจถูกล่วงละเมิดจากการดำเนินคดีอาญา

#### 3.5.1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity)

นักกฎหมายเยอรมัน Guenter Duerig ได้อธิบายคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ว่า มนุษย์ทุกคนเป็นมนุษย์โดยอำนาจแห่งจิตวิญญาณของเขาเอง ซึ่งทำให้เขาแตกต่างจากความเป็นอยู่ในสภาวะธรรมชาติที่ปราศจากความเป็นส่วนบุคคล และการทำให้บรรลุเป้าหมายภายในขอบเขตของบุคคล และการทำให้บรรลุเป้าหมายภายในขอบเขตส่วนบุคคลนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของบุคคลนั่นเองในอันที่จะกำหนดเอง และในการสร้างสภาพแวดล้อมของตนเอง โดยสาระสำคัญในเรื่องดังกล่าวประกอบไปด้วย สิทธิในชีวิตร่างกายและสิทธิที่จะได้รับความเสมอภาค<sup>29</sup>

J.M. Wintich ได้อธิบายไว้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมีลักษณะที่อยู่เหนือบทบัญญัติของกฎหมายและมีอยู่ก่อนการบัญญัติรัฐธรรมนูญ โดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นผู้สร้างศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ขึ้นมา แต่เขาพบสิ่งนี้อยู่ก่อนแล้วและยอมรับปฏิบัติซึ่งให้การเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งก็คือเป็นการแสดงความยุติธรรมด้วย การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงมีคุณค่าสูงสุดในรัฐธรรมนูญของนานาประเทศและได้รับการยอมรับว่าเป็นบรรทัดฐานขั้นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การสร้างสังคมจากเสรีชนที่มีความเป็นอิสระในตัวของตนเอง โดยเริ่มจากการเปลี่ยนแปลงหรือร่วมกันทำงานเพื่อประโยชน์ของส่วนร่วมเพื่อให้ความเป็นมนุษย์เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมสังคม จึงต้องยอมรับว่าสมาชิกแต่ละคนในสังคมมีความเสมอภาคและมีคุณค่าของตนเอง มนุษย์ที่อยู่ในสังคมจึงยังคงมีเป้าหมายในการดำเนินชีวิตของตนเอง ไม่อาจตกมาเป็นเครื่องมือของสังคมหรือลดคุณค่าของชีวิตมาอยู่ในลักษณะที่เป็นเพียงวัตถุของวิชิพิจารณาความ มนุษย์ควรเป็นส่วนหนึ่งของสังคมและการอยู่ในสังคมอย่างสมศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น บุคคลทุกคนในสังคมจะต้องเคารพในศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ซึ่งกันและกัน<sup>30</sup>

<sup>28</sup> คณิต ฒ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น. 217.

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

<sup>30</sup> 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 การไม่อาจล่วงละเมิดได้ในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นการรับรองถึงการคุ้มครองจากการแทรกแซงในตัวบุคคล<sup>31</sup>

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

สิทธิในชีวิตและร่างกาย เป็นสิทธิที่ติดตัวปัจเจกบุคคลมาตั้งแต่เกิด เป็นสิทธิที่มีอยู่ในสภาวะธรรมชาติไม่อาจถูกพรากไปจากบุคคลได้ และเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการดำรงอยู่ของมนุษย์ และแสดงให้เห็นว่ามนุษย์มีอิสระที่จะกำหนดตนเองได้ตามที่เจตจำนงที่ตนต้องประสงค์ ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิในชีวิตและร่างกายของปัจเจกบุคคล บุคคลแต่ละคนจึงต้องเคารพขอบเขตส่วนตัวบุคคลของแต่ละคน<sup>32</sup>

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

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

<sup>32</sup> เพิ่งอ้าง, น. 89.

จึงถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับการวางรากฐานของหลักเสรีภาพของบุคคลและหลักความเสมอภาค ดังที่ทราบกันทั่วไปว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นสิทธิที่ไม่อาจจำหน่ายโอนกันได้และเป็นสิทธิที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้<sup>33</sup>

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นมูลฐานหนึ่งของหลักสิทธิมนุษยชน มีนัยสำคัญ 2 ประการ คือ<sup>34</sup>

ประการแรก คือ ธรรมชาติของมนุษย์ กล่าวคือ ลักษณะที่แท้จริงของมนุษย์ที่เกี่ยวกับสภาพจิตใจและความต้องการจำเป็นที่มุ่งใจมนุษย์ทำการใด 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 2560<sup>35</sup> ยังให้ความคุ้มครองประชาชนโดยให้องค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องถือว่ามนุษย์มิใช่วัตถุแห่งการกระทำของรัฐ หากการใช้อำนาจของรัฐได้กระทำไปในลักษณะที่ทำให้มนุษย์ถูกลดคุณค่าการกระทำของรัฐจะขัดกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถือว่าเป็นพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพหากมีการกระทำอันเป็นการกระทบหรือละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ บุคคลที่ถูกล่วงละเมิดย่อมสามารถที่จะใช้สิทธิเรียกร้องทาง

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

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

<sup>35</sup> มาตรา 4 มาตรา 26 และมาตรา 28 วรคแรก

ศาลเพื่อให้รัฐดำเนินการปกป้องคุ้มครองหรือให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้นได้

### 3.5.2 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

แนวความคิดที่มีบทบาทต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่เป็นรากฐานของความยุติธรรม คือ แนวความคิดในเรื่องที่สิทธิมนุษยชนที่ได้มีส่วนสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลดังนั้น จึงจำเป็นต้องทำความเข้าใจในเรื่องสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพื่อให้รัฐจะได้สามารถใช้อำนาจในการสืบสวนสอบสวน แสวงหาข้อเท็จจริงข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดเพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ ในขณะที่เดียวกันก็สามารถที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนควบคู่กันไปด้วย<sup>36</sup>

สิทธิ (Right) ตามความหมายทั่วไป หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในชีวิตร่างกาย ส่วนสิทธิตามรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน ในบางกรณี การรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจ รัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ<sup>37</sup>

เสรีภาพ (Liberty) หมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน กล่าวคือ เสรีภาพเป็นอำนาจอันชอบธรรมที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองแก่บุคคลที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใด ๆ ตามที่เขาต้องการได้โดยอิสระหรือโดยปราศจากอุปสรรคหรือการบังคับขัดขวาง เสรีภาพจึงก่อหน้าที่ตามกฎหมายในการเคารพต่อสิทธิของบุคคลอื่น รัฐและบุคคลอื่นจะต้องเคารพและไม่ไปรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพของเขา<sup>38</sup>

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

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

<sup>38</sup> 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 โดยปราศจากการรบกวนขัดขวางของรัฐ<sup>39</sup> ซึ่งสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นสิ่งคู่กันเพราะความเป็นมนุษย์ย่อมชอบที่จะมีสิทธิเป็นทั้งผู้สร้างและผู้รักษาสีติของมนุษยชาติ ทำให้สิทธิและเสรีภาพกลายเป็นสิ่งที่มนุษย์พึงมีพึงได้โดยชอบธรรมอย่างมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ประเทศไทยเองก็ได้มีการตราบทบัญญัติที่เกี่ยวกับคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเช่นเดียวกัน โดยบทบัญญัติดังกล่าวได้แสดงออกผ่านทางบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รวมถึงกฎหมายลำดับรองหลายฉบับด้วยกัน อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่สำคัญอันควรนำมาพิจารณา คือ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 แล้วจะพบว่า ได้ปรากฏบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่สำคัญหลายประการด้วยกัน รวมไปถึงบทบัญญัติอันสำคัญประการหนึ่งที่ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาคือ สิทธิในการไม่ถูกจับกุม คุมขัง ตรวจค้นตัว และถูกลงโทษทางอาญาอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในร่างกาย (Right of Personal Liberty) นั้นเอง<sup>40</sup>

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

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

โดยสิทธิในการไม่ถูกจับกุมคุมขัง ตรวจสอบตัว และถูกลงโทษทางอาญาอย่างไม่เป็นธรรม มีองค์ประกอบทั้งสิ้น 5 ประการ อันได้แก่<sup>41</sup>

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 การแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะกระทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบในประชาธิปไตยที่ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้น<sup>42</sup> การที่เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามขอบเขตและหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดแล้ว เจ้าหน้าที่รัฐยังต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานอย่างรอบคอบ เพื่อมิให้ก้าวล่วงหรือกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในร่างกาย เคหสถาน การติดต่อสื่อสาร หรือสิทธิในความเป็นส่วนตัว รวมถึงสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฎิกฤษต์ต่อตนเอง

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในกฎหมายระหว่างประเทศ สิทธิส่วนบุคคลได้ถูกกำหนดเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในการที่จะได้รับความคุ้มครองโดยปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติได้กำหนดไว้ในข้อ 12 ความว่า บุคคลย่อมไม่ถูกแทรกแซงโดยพลการในความเป็นอยู่ส่วนตัวในครอบครัว ในเคหสถานหรือการสื่อสาร หรือไม่อาจถูกหลบลู่ในเกียรติยศและชื่อเสียง บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองโดยกฎหมายต่อการก้าวล่วงในสิทธิเช่นว่านั้น

<sup>41</sup> วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 648-649.

<sup>42</sup> 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)<sup>43</sup> ที่คุ้มครองเจ้าของเคสสถานจากการถูกก่อวินหรือบุกรุกเข้าไปในเคสสถานนั้น และในแง่ของสิทธิส่วนบุคคลในการตัดสินใจ (Decisional Privacy) อันเป็นสิทธิการมีอิสระในการตัดสินใจที่ปราศจากการแทรกแซงจากรัฐและเป็นที่มาที่สำคัญในการตรวจสอบ ควบคุมการปฏิบัติการแฝงตัวด้วย เนื่องจากเป็นหลักที่จำกัดอำนาจรัฐ มิให้เข้าไปแทรกแซงลักษณะ โดยธรรมชาติของบุคคลที่เป็นเป้าหมายโดยการจงใจ หรือส่งเสริมการกระทำ ความผิดโดยมิชอบ<sup>44</sup> การปฏิบัติการแฝงตัวจึงไม่ได้ละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลเหมือนการสะกดรอย ด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่มีหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมเข้มงวดกว่า แต่การปฏิบัติการแฝงตัวละเมิดต่อความอิสระในการกระทำของบุคคลและจากความอื้อฉาวของการปฏิบัติการแฝงตัวในกลุ่มเคลื่อนไหวทางการเมืองซึ่งกระทบต่อสิทธิในการแสดงความคิดเห็น ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดหลักเกณฑ์การตรวจสอบควบคุมการปฏิบัติการแฝงตัวในกลุ่มการเมืองต่างๆ เข้มงวดกว่ากรณีทั่วไป รวมถึงการแทรกแซงความสัมพันธ์ที่มีเอกสิทธิ (Privileged Relationship) เช่น ระหว่างแพทย์กับคนไข้ ระหว่างทนายความกับลูกความ เป็นต้น<sup>45</sup>

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

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> Ibid. p. 512-513.

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

สาธารณะมิได้อาศัยอยู่ในเคหสถานหรือที่รโหฐานจึงเป็นการคุ้มครองในทุกสถานที่ ดังนั้นการปฏิบัติการแฝงตัวจึงกระทบต่อสิทธินี้เสมอแม้จะเป็นการปฏิบัติการต่อบุคคลเป้าหมายในที่สาธารณะและทำให้ต้องมีการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจการปฏิบัติการแฝงตัวดังกล่าวอย่างเพียงพอโดยหลักเกณฑ์การขออนุญาตต่ออำนาจตุลาการก่อนจึงจะดำเนินการปฏิบัติการได้<sup>46</sup>

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 เป็นกาจำกัดอำนาจของเจ้าหน้าที่ให้ต้องดำเนินการกฎหมายเท่านั้น ทั้งสองรูปแบบนี้ก็ต้องมีการนำมาใช้ให้เกิดความสมดุลกัน เพื่อให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสามารถคุ้มครองผู้บริสุทธิ์และลงโทษผู้ที่ได้กระทำความผิดเพื่อความสงบเรียบร้อยในสังคม จะเห็นได้ว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับการยอมรับว่ามีความสำคัญ โดยเฉพาะสิทธิและเสรีภาพในส่วนที่ถูกกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะปฏิบัติต่อประชาชน ทำให้เกิดแนวความคิดที่จะให้สังคมยอมรับและเคารพในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจนกระทั่งเกิดบทบัญญัติที่ใช้เป็นหลักสากลที่ทุกคนให้การยอมรับและปฏิบัติสืบต่อกันมา ประชาชนที่อยู่ในสังคมที่เจริญแล้วจำเป็นต้องถูก

<sup>46</sup> 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 ซึ่งมีผลทำให้มีการบังคับใช้กฎหมายโดยฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการต่อไป<sup>47</sup> การติดตามสอดส่องการบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายบริหารและการตรวจสอบถ่วงดุลโดยฝ่ายตุลาการจึงเป็นการควบคุมตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารที่มีประสิทธิภาพ

ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายโดยฝ่ายบริหารที่อยู่ในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย (Law Enforcement Officials) จะต้องสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้โดยเจ้าหน้าที่ต้องมีความเคารพในหลักการดังกล่าวอย่างเคร่งครัด

วิธีการประการหนึ่งที่จะทำให้หลักนิติรัฐ หรือ รัฐที่ปกครองโดยยึดหลักกฎหมาย ซึ่งเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชนและเพื่อป้องกัน หรือแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างมีประสิทธิภาพ ก็คือ การให้ขั้นตอนดำเนินการในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโปร่งใสทุกขั้นตอน (Transparency) เพื่อนำไปสู่การตรวจสอบการใช้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย (Accountability)<sup>48</sup>

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

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

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

ตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างรัดกุม ในการบังคับใช้มาตรการแฝงจะต้องได้รับอนุญาตจากองค์กรที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง เช่น ศาล หรือองค์กรที่มีหลักประกันเช่นเดียวกับศาล ทั้งนี้ต้องมีการกำหนดระยะเวลาที่จะใช้มาตรการแฝงตัว<sup>49</sup>

ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายให้อำนาจในการใช้มาตรการแฝงตัว จึงต้องมีองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งต้องเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจดังกล่าวได้ โดยองค์กรที่ได้รับว่ามีความบริสุทธิ์ ยุติธรรม โปร่งใส ในการใช้ดุลพินิจพิจารณาให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการกระทำที่ต้องละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็คือ ศาล

---

<sup>49</sup> กมลชัย รันสกาวงศ์ และ วรพจน์ วิศรุพิชญ์, แนวทางในการร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดักฟังโทรศัพท์และการปรับปรุงกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2540), น.84.