

## 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) มาใช้บังคับเพื่อประโยชน์ในการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติอีกด้วย<sup>1</sup> ทั้งนี้สามารถสรุปถึงสาระสำคัญของอนุสัญญาข้อ 20 ในวรรคต่าง ๆ ต่อไปนี้

วรรคแรก การใช้เทคนิคการสอบสวนพิเศษไม่ว่าจะเป็นการจัดส่งภายใต้การควบคุม มาตรการแฝงตัว หรือการเฝ้าติดตามโดยใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์หรือเครื่องมืออื่น ๆ ต้องกระทำภายใต้กรอบกฎหมายภายในประเทศนั้น ๆ และต้องกระทำด้วยความจำเป็น ความเหมาะสม และเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด ตลอดจนต้องกระทำโดยเจ้าพนักงานผู้ซึ่งกฎหมายได้ให้อำนาจไว้

วรรคสอง ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้เทคนิคการสอบสวนพิเศษในระหว่างประเทศ อนุสัญญาฉบับนี้จะสนับสนุนให้รัฐภาคีจัดทำข้อตกลงระหว่างกัน ทั้งในระดับทวิภาคีหรือพหุภาคี และสามารถนำข้อตกลงดังกล่าวไปใช้บังคับได้อย่างเต็มที่ ทั้งนี้ ภายใต้หลักความเท่าเทียมกันของอำนาจอธิปไตยของรัฐและต้องกระทำการดังกล่าวอย่างเข้มงวดภายใต้ข้อตกลงระหว่างรัฐที่ได้ตกลงกันไว้

<sup>1</sup> 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 ซึ่งรวมถึงแนวคิดการปฏิบัติการแฝงตัวด้วย<sup>2</sup> สหรัฐอเมริกาจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) แต่เนื่องจากสหรัฐอเมริกาคือประเทศที่มีระบบการปกครองแบบรัฐรวม มีรัฐบาลกลาง (หรือระดับสหพันธรัฐ) และรัฐบาลมลรัฐ แต่ละรัฐจึงมีหน่วยตำรวจของตนเอง ดังนั้น ในการพิจารณาการปฏิบัติการแฝงตัวของสหรัฐอเมริกา จะพิจารณาจากการปฏิบัติการแฝงตัวของสำนักงานสอบสวนกลาง (FBI) ซึ่งถือเป็นตำรวจของรัฐบาลกลางเป็นสำคัญ<sup>3</sup>

สำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา (Federal Bureau of Investigation หรือ FBI) ก่อตั้งขึ้นเมื่อ ค.ศ.1908 มีภารกิจสำคัญในการปกป้องประเทศจากภัยก่อการร้ายและภัยคุกคามทางด้านข่าวกรองจากต่างประเทศ สนับสนุนและบังคับใช้กฎหมายอาญา ตลอดจนการเป็นผู้นำและรับผิดชอบงานด้านกระบวนการยุติธรรมทางอาญาให้แก่รัฐบาลกลาง ส่วนท้องถิ่น หน่วยงานระหว่างประเทศ และประเทศคู่ค้า<sup>4</sup> นอกจากนี้ ยังเป็นหน่วยงานซึ่งรับผิดชอบและมีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายกับการกระทำความผิดอาญาที่มีคุณลักษณะสำคัญสองประการ ได้แก่ การกระทำความผิดอาญาที่เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ และการกระทำความผิดอาญาที่เกิดขึ้นในหลายมล

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

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

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

รัฐต่อเนืองกัน<sup>5</sup> และเนื่องจากปัญหาอาชญากรรมที่มีแนวโน้มเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว สภาคองเกรสจึงได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในปี ค.ศ. 1932 เพื่อเพิ่มอำนาจให้แก่สำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา ต่อมาในปี ค.ศ. 1934 สภาคองเกรสได้ทำให้สำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกากลายเป็นองค์กรสอบสวนกลางของรัฐบาลกลางอย่างเต็มรูปแบบ นับแต่นั้นมา สำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาก็ได้มีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบเพิ่มมากขึ้นตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเพื่อปกป้องคุ้มครองพลเมืองของสหรัฐอเมริกา<sup>6</sup>

สำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาคือหน่วยงานที่มีอำนาจโดยตรงในการใช้มาตรการแฝงตัว (Undercover Operations) โดยมีหลักเกณฑ์ปรากฏอยู่ในแนวทางปฏิบัติของอัยการสูงสุดว่าด้วยมาตรการแฝงตัวของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา (The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations)<sup>7</sup> 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 Investigations<sup>8</sup>

สหรัฐอเมริกามีหลักการแบ่งประเภทการปฏิบัติการแฝงตัวเพื่อป้องกันอาชญากรรมในอนาคต (Future Crime) กับการปฏิบัติการแฝงตัวเพื่อสอบสวนอาชญากรรมที่เกิดขึ้นแล้ว (Crime-

<sup>5</sup> สุรพล ไตรเวทย์, การสอบสวนคดีพิเศษ, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547), น. 14.

<sup>6</sup> เพิ่งอ้าง, น. 16.

<sup>7</sup> 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>

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

Solving Operation)<sup>9</sup> โดยก่อนการใช้การปฏิบัติการแฝงตัวแต่ละครั้ง จะต้องมีความเห็นสมควรสงสัย (reasonable suspicion) หรือเหตุอันควรเชื่อ (probable cause) ว่ามีการกระทำผิดเกิดขึ้น<sup>10</sup>

การบังคับใช้มาตรการแฝงตัวซึ่งเป็นเทคนิคการสอบสวนพิเศษนั้นจำเป็นอย่างยิ่งต่อการการป้องกันอาชญากรรม และการดำเนินคดีอาญาในคดีอาชญากรรมทาง เศรษฐกิจ และการฉ้อราษฎร์บังหลวง การก่อการร้าย องค์กรอาชญากรรม ความผิดเกี่ยวกับสารควบคุม ตลอดจนขอบเขตที่สำคัญอื่นของการสอบสวน การดำเนินการเช่นนี้ย่อมมีความเกี่ยวข้องกับการหลอกลวงและอาจต้องอาศัยความร่วมมือของผู้ปฏิบัติการ นอกจากนี้ ในการบังคับใช้ จะต้องพิจารณาอย่างระมัดระวังและต้องมีการควบคุมตรวจสอบด้วย<sup>11</sup>

บทบัญญัติที่สำคัญซึ่งปรากฏอยู่ในแนวทางปฏิบัติของอัยการสูงสุดว่าด้วยมาตรการแฝงตัวของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา เฉพาะในส่วนที่ควรนำมาศึกษาพิจารณาประกอบไปด้วย

1. บทนิยามของการแฝงตัว (Undercover Activities) ซึ่งหมายความถึง การค้นหาความจริงโดยอาศัยชื่อปลอม หรือการปกปิดตัวตนที่แท้จริงซึ่งกระทำลงโดยเจ้าหน้าที่ของสำนักงานสอบสวนกลางแห่ง สหรัฐอเมริกา หรือหน่วยงานอื่นที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายในระดับสหพันธรัฐ ระดับมลรัฐ หรือระดับท้องถิ่น ทั้งนี้ โดยทำงานร่วมกันกับสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา<sup>12</sup>

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

<sup>9</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. 513.

<sup>10</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. 511.

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

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

ติดต่อที่มีสาระสำคัญไม่เกิน 3 ครั้ง ย่อมไม่อยู่ในบังคับของแนวทางปฏิบัติของอัยการสูงสุดว่าด้วยมาตรการแฝงตัวของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา แต่กรณีการดำเนินการแฝงตัวที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมที่ละเอียดอ่อนหรือที่เกี่ยวกับการเงินการคลังนั้น ไม่ต้องพิจารณาถึงจำนวนครั้งการติดต่อเช่นนั้นในการปฏิบัติการแฝงตัว การติดต่อจะมีสาระสำคัญก็ต่อเมื่อมีการติดต่อสื่อสารกันด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร โทรศัพท์ หรือวิธีอิเล็กทรอนิกส์ที่มีข้อมูลอันเป็นเป้าหมายของการสอบสวน ถ้าเป็นเพียงการติดต่อเล็ก ๆ น้อย ๆ เช่น การสนทนาที่ตกลงเวลาและสถานที่นัดพบครั้งต่อไป ย่อมไม่ใช่การติดต่ออย่างมีนัยสำคัญตามแนวทางปฏิบัติของอัยการสูงสุดว่าด้วยมาตรการแฝงตัวของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา<sup>13</sup>

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 โดยเจ้าหน้าที่ของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาและความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาเช่นว่านั้นถูกปกปิดจากบุคคลที่สาม<sup>14</sup>

4. มาตรการแฝงตัวร่วม (Joint Undercover Operation) หมายความว่า มาตรการแฝงตัวที่ดำเนินการร่วมกันระหว่างสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาและหน่วยงานที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายอื่น ยกเว้นการมีส่วนร่วมของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาในการ

---

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

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

ให้ความช่วยเหลือด้านการเงิน หรือวัสดุอุปกรณ์ หรือการให้คำปรึกษาทางเทคนิค ไม่จัดว่าเป็นมาตรการแฝงตัวร่วม<sup>15</sup>

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

---

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

แนวทางปฏิบัติของอัยการสูงสุดว่าด้วยมาตรการแฝงตัวของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา<sup>16</sup> ได้ แต่ในการดำเนินการแฝงตัวหรือปฏิบัติการใด ๆ ที่มีเจ้าหน้าที่แฝงตัวของสำนักงานสอบสวนกลางมีส่วนร่วมอยู่ด้วย ให้นำความในข้อ IV. H คือ การมีส่วนร่วมในกิจกรรมที่ผิดกฎหมายอื่น ๆ ของเจ้าหน้าที่แฝงตัว เช่น เพื่อข้อมูลหรือหลักฐานที่จำเป็นสำหรับความสำเร็จของการสอบสวนและไม่สามารถหาได้โดยไม่ต้องมีส่วนร่วมในกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย และ VI.A-B คือ การตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติงานของผู้ปฏิบัติงานได้บังคับบัญชามาใช้บังคับ โดยที่มีต้องพิจารณาว่าหน่วยงานใดเป็นผู้ควบคุมและกำกับดูแลปฏิบัติการดังกล่าว<sup>16</sup>

#### 4.2.2 เจื่อนใจที่อนุญาตให้ใช้มาตรการปฏิบัติการแฝงตัวและองค์กรที่มีอำนาจให้แฝงตัว

##### (ก) เจื่อนใจการปฏิบัติการแฝงตัว<sup>17</sup>

เจ้าพนักงานผู้ซึ่งมีอำนาจพิจารณาหรืออนุญาตตามคำร้องขอให้ใช้มาตรการแฝงตัวจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างความเสี่ยงและผลประโยชน์ของการดำเนินการ นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาถึงเหตุดังต่อไปนี้ด้วย กล่าวคือ

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

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

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

(ข) เงื่อนไขการปฏิบัติการแฝงตัวซึ่งต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่พิเศษ (The Special Agent in Charge หรือ SAC)<sup>18</sup>

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

---

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

สหรัฐอเมริกา ต้องได้รับการอนุมัติจากหัวหน้าเจ้าหน้าที่พิเศษด้วย แล้วสำเนาอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรทั้งหมดที่อธิบายในข้างต้นจะถูกส่งต่อไปยังสำนักงานใหญ่ของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกา

(ค) การดำเนินการซึ่งต้องได้รับอนุญาตจากสำนักงานใหญ่ของสำนักงานสอบสวนกลาง แห่งสหรัฐอเมริกา (FBIHQ)<sup>19</sup>

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 จะต้องผ่านการตรวจสอบจากสำนักที่ปรึกษาทั่วไปของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาและจากสำนักงานหัวหน้าเจ้าหน้าที่ด้านนิติกรรมสัญญาหรือมีการใช้ระยะเวลาหรือทรัพยากรเกินกว่าที่ผู้อำนวยการได้กำหนดเอาไว้<sup>20</sup>

2) สถานการณ์อันละเอียดอ่อน<sup>21</sup>

ในการบังคับใช้มาตรการแฝงตัวที่มีความเกี่ยวข้องกับการอันละเอียดอ่อน (Sensitive Circumstance) เช่น 1. การสอบสวนการกระทำความผิดอาญาซึ่งผู้กระทำความผิดเป็นเจ้า

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

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

<sup>21</sup> 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 (ซึ่งเกี่ยวข้องกับกรณีสืบสวนการล่อให้กระทำความผิด) 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 ความรุนแรงหรืออันตรายแก่กายต่อบุคคล ต้องได้รับอนุญาตจากผู้อำนวยการ รองผู้อำนวยการ หรือ ผู้ช่วยผู้อำนวยการฝ่ายบริหารที่ได้รับมอบหมายภายหลังการตรวจสอบจากคณะกรรมการตรวจสอบ การแฝงตัว

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

จ) ถ้าการบังคับใช้มาตรการแฝงตัวส่งผลให้เกิดความรุนแรงระหว่างเวลาที่กระทำความผิดอาญาและเจ้าหน้าที่แฝงตัว สายข่าว หรือพยานผู้ซึ่งให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดอาญา เจ้าหน้าที่พิเศษต้องแจ้งให้พนักงานอัยการแห่งสหพันธรัฐและสำนักงานใหญ่ของสำนักงานสอบสวนกลางแห่งสหรัฐอเมริกาทราบในทันทีและจะต้องแจ้งให้

ผู้ช่วยอัยการสูงสุดฝ่ายคดีอาญาทราบโดยเร็ว โดยในข้อ 4I ได้กำหนดรายละเอียดและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ของการอนุญาตให้มีการบังคับใช้ มาตรการแฝงตัวเป็นการชั่วคราวหรือในกรณีมีเหตุฉุกเฉินเกิดขึ้น<sup>22</sup> และในมาตรา 5 ได้บัญญัติถึงการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริสุทธิ์จากการล่อให้กระทำความผิด โดยบทบัญญัติดังกล่าวประกอบไปด้วย ลักษณะและความหมายของคำว่า “การล่อให้กระทำความผิด” เงื่อนไขในการอนุญาตให้มีการล่อให้กระทำความผิด และข้อยกเว้นของเงื่อนไขที่กำหนด ไว้ในข้อ 5B (4)<sup>23</sup> นอกจากนี้ ในข้อ 6 ยังได้วางหลักถึงขั้นตอนการติดตามตรวจสอบและควบคุมมาตรการแฝงตัว โดยจำแนกออกเป็น ขั้นตอนการติดตามตรวจสอบและควบคุมก่อนการบังคับใช้มาตรการแฝงตัว ขั้นตอนการติดตามตรวจสอบและควบคุมในระหว่างที่มีการบังคับใช้มาตรการแฝงตัว และขั้นตอนการติดตามตรวจสอบและควบคุมการบังคับใช้มาตรการแฝงตัวด้วยการจัดทำรายงานผลการดำเนินงานประจำปีของคณะกรรมการตรวจสอบการแฝงตัว รวมทั้งได้บัญญัติให้มีการปรึกษากับบุคคลตามที่ กฎหมายกำหนดเพื่อขอความคิดเห็นเกี่ยวกับการบังคับใช้มาตรการแฝงตัว ตลอดจนการกำหนดหลักเกณฑ์ในการดำเนินการกับรายได้และความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้มาตรการแฝงตัว<sup>24</sup>

### 4.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในหัวข้อนี้ จะได้กล่าวถึงมาตรการแฝงตัวในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยจะได้กล่าวถึงกฎหมายเกี่ยวกับการใช้มาตรการแฝงตัว และเงื่อนไขที่อนุญาตให้ใช้มาตรการปฏิบัติการแฝงตัวและองค์กรที่มีอำนาจให้แฝงตัว ดังนี้

#### 4.3.1 กฎหมายเกี่ยวกับการใช้มาตรการแฝงตัว

##### ก) ความเบื้องต้น

เยอรมนีเป็นประเทศที่ประสบเหตุการณ์เลวร้าย กล่าวคือ สงครามโลกครั้งที่ 2 จากการใช้อำนาจของตำรวจ โดยเฉพาะการสอดแนมโดยใช้การปฏิบัติการแฝงตัว โดยเยอรมนีมีระบบ

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

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

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

กฎหมายลักษณะพยานเน้นไปทางใต้สวน ในกระบวนการสืบพยานศาลจะเป็นผู้ซักถามพยานเป็นสำคัญ<sup>25</sup> การปฏิบัติการแฝงตัวเป็นที่รู้จักและคุ้นเคยในประวัติศาสตร์เยอรมันมายาวนานกว่าอเมริกาในฐานะที่เป็นการปฏิบัติการแฝงตัว (infiltration) ด้านข่าวกรองของหน่วยข่าวกรอง APC (Federal Agency for the Protection of the Constitution) เพื่อความมั่นคงมากกว่าการสืบสวนของตำรวจในคดีอาญา<sup>26</sup>

ก่อนปี ค.ศ. 1992 การปฏิบัติการแฝงตัวของตำรวจแทบไม่มีการตรวจสอบควบคุมใด ๆ เลย มีเพียงการควบคุมหลัก ๆ จากหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality) การควบคุมดังกล่าว ได้แก่ การควบคุมโดยหลักความชอบด้วยกฎหมายโดยตรงที่ห้ามตำรวจเพิกเฉยต่อการกระทำที่ผิดกฎหมาย และการควบคุมโดยหลักเกณฑ์เชิงสารบัญญัติ (Substantive Norm) ที่มาจากหลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน โดยแนวคำพิพากษาและความเห็นของนักวิชาการที่ห้ามผู้แฝงตัวกระทำความผิดและห้ามเอื้ออำนวย (Encouraging) มากเกินไปให้บุคคลอื่นกระทำความผิด<sup>27</sup> นอกจากนี้ มีการควบคุมการปฏิบัติการแฝงตัวของตำรวจโดยแนวทางที่ออกร่วมกันโดยกระทรวงยุติธรรมและกระทรวงมหาดไทยของแต่ละรัฐซึ่งกำหนดเพียงอาชญากรรมที่ใช้การปฏิบัติการแฝงตัวได้และข้อควรปฏิบัติกว้าง ๆ ตลอดจนกฎหมายตำรวจแต่ละมรัฐที่กำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติการอำพรางเชิงป้องกัน (Preventive Operation) ต่ออาชญากรรมที่ยังไม่เกิดขึ้น (Future Crime) ดังนั้น หลักการควบคุมต่าง ๆ ที่มีอยู่ก่อนปี 1992 จึงเน้นที่การแฝงตัวเชิงป้องกันมากกว่า<sup>28</sup>

กฎเกณฑ์การควบคุมที่ไม่เพียงพอและขาดความชัดเจนดังกล่าวทำให้ผู้ค้น โดยเฉพาะนักวิชาการและศาล เกิดข้อสงสัยต่อความโปร่งใสของการปฏิบัติการแฝงตัว<sup>29</sup> เจ้าหน้าที่นายหนึ่งเปิดเผยว่าในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1992 ในการปฏิบัติการ เจ้าหน้าที่ไม่ได้ตระหนักถึงการปฏิบัติการแฝง

<sup>25</sup> สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, "ขั้นตอนการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี," *อุทพท* 55, 1 (มกราคม-เมษายน 2551), น. 195.

<sup>26</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*, 561.

<sup>27</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*, 506.

<sup>28</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*, 507.

<sup>29</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*, 507

ตัวและไม่ได้สนใจว่าตนต้องเข้าไปในบ้านของเป้าหมายอันละเมิดต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวหรือไม่ และปฏิบัติการเชิงข่าวกรองมากกว่าการแสวงหาพยานหลักฐาน<sup>30</sup> ทั้งยังมีข่าวอื้อฉาวเกี่ยวกับการปฏิบัติการแฝงตัวของตำรวจปรากฏอยู่บ่อยครั้ง<sup>31</sup> ประกอบกับคำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) ที่ว่าการปฏิบัติการแฝงตัวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นการละเมิดสิทธิที่จะได้รับการดำเนินคดีที่เป็นธรรม (Rights to Fair Trial) ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights หรือ ECHR) กระตุ้นให้เกิดความต้องการเปลี่ยนแปลงกฎหมายการปฏิบัติการแฝงตัวของตำรวจมากขึ้น<sup>32</sup> แต่ขณะเดียวกัน ตำรวจและหน่วยงานฝ่ายปกครองแต่ละมรัฐ (กระทรวงยุติธรรมและกระทรวงมหาดไทย) ก็ต้องการอำนาจเพิ่มเติมในการปราบปรามอาชญากรรมที่มีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงด้านพรมแดนของประเทศ ทั้งในแง่ดินนัยและพุดินนัยจากสาเหตุต่าง ๆ ได้แก่ การรวมประเทศระหว่างเยอรมนีตะวันออกกับเยอรมนีตะวันตก ปี ค.ศ. 1990 และการรวมกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป (European Union) ยิ่งไปกว่านั้น กระแสเกี่ยวกับปัญหาองค์กรอาชญากรรมและอาชญากรรมข้ามชาติที่เริ่มขึ้นในช่วงปี ค.ศ. 1980 ส่งผลให้ตำรวจเห็นว่ามีจำเป็นต้องใช้เทคนิคการสืบสวนพิเศษต่าง ๆ รวมถึงการปฏิบัติการแฝงตัวมากขึ้น<sup>33</sup> จนมาถึงการปฏิรูปกฎหมายในปี ค.ศ. 1992 รัฐสภาของเยอรมัน (Bundestag) ได้ตรากฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติการแฝงตัว (StPO §110a) โดยพยายามให้มีความสมดุลระหว่างความเห็นของนักวิชาการและศาลที่ต้องการควบคุมการปฏิบัติการแฝงตัวให้ชอบด้วยหลักนิติรัฐ (Rule of Law หรือ Rechtsstaatlichkeit) กับความเห็นของตำรวจและฝ่ายปกครองที่ต้องการอำนาจเพิ่มเติมในการปราบปรามองค์กรอาชญากรรม<sup>34</sup>

---

<sup>30</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*, 509.

<sup>31</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*, 507.

<sup>32</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*, 507

<sup>33</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*, 508.

<sup>34</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*, 508.

เยอรมนีเป็นประเทศที่มีการปกครองในรูปแบบประชาธิปไตยแบบสหพันธ์สาธารณรัฐ (Federal State) โดยเป็นการรวมตัวของรัฐทั้งหมด 16 รัฐ มีระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยเชิงเสรีและรัฐสวัสดิการ ในแต่ละรัฐต่างมีกฎหมายเป็นของตนเอง เยอรมนีใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ถ้าหากกฎหมายของมลรัฐมีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ (The Basic Law) บทบัญญัติดังกล่าวจะไม่สามารถบังคับใช้ได้<sup>35</sup>

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

ข) กฎหมายเกี่ยวกับประเภทความผิดที่จะทำการแฝงตัว

การปฏิบัติการแฝงตัวที่ดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่แฝงตัว (Undercover Investigators) เท่านั้นที่อยู่ในบังคับตาม STPO มาตรา 110a ถึง 110c โดยการปฏิบัติการแฝงตัวของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เรียกว่า “การใช้เจ้าหน้าที่แฝงตัว (Use of Undercover Investigators) โดยที่ มาตรา 110a (1) ได้กำหนดว่า เจ้าหน้าที่แฝงตัว (undercover investigators) อาจถูกใช้เพื่อคลี่คลายการกระทำความผิดอาญาได้ก็ต่อเมื่อมีเหตุบ่งชี้ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่เพียงพอ (Sufficient Factual Indications) ว่ามีการกระทำความผิดกฎหมายอาญาที่สำคัญเกิดขึ้น<sup>36</sup>

ค) คดีที่อนุญาตให้ใช้การแฝงตัว<sup>37</sup>

1. ความผิดเกี่ยวกับการลักลอบค้ายาเสพติด หรือค้าอาวุธ การปลอมแปลงธนบัตร หรือปลอมแปลงตราประทับราชการ

<sup>35</sup> "Germany Top Migration Land After U.S. in New OECD Ranking". Bloomberg. สืบค้นเมื่อ 10 ตุลาคม 2018. [www.ditp.go.th/contents\\_attach](http://www.ditp.go.th/contents_attach)

<sup>36</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. 509.

<sup>37</sup> Sections 110a (Undercover investigators).

2. ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งชาติ

3. ความผิดเกี่ยวกับการค้า หรือ

4. ความผิดเกี่ยวกับการเป็นสมาชิกองค์กรในลักษณะที่เป็นองค์กรอาชญากรรม

การแฝงตัวอาจใช้เพื่อการอาชญากรรมร้ายแรงที่มีความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นซ้ำเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏ โดยวิธีการแฝงตัวจะใช้เมื่อการสอบสวนโดยวิธีอื่นและมาตรการอื่น ๆ อาจจะไม่สำเร็จ หรือสำเร็จได้โดยยากซึ่งเจ้าหน้าที่แฝงตัวอาจใช้เพื่อการสอบสวนคดีอาชญากรรมร้ายแรงที่มีขั้นตอนเป็นพิเศษ ทำให้การปฏิบัติการแฝงตัวเป็นสิ่งจำเป็นและการสอบสวนโดยวิธีอื่นอาจไม่สำเร็จได้และการแฝงตัวนั้นจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งดำเนินการสอบสวนโดยการปลอมแปลงการแสดงตนและเจ้าหน้าที่ผู้นั้นสามารถใช้การแสดงตนปลอมนั้นทำนิติกรรมได้ตามกฎหมาย ในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะสร้างหรือรักษาตัวตนสมมติไว้ อาจจะทำให้มีการจัดทำเอกสารที่เกี่ยวข้องเพื่อใช้ประโยชน์ในการแฝงตัว<sup>38</sup>

#### 4.3.2 องค์กรที่มีอำนาจให้แฝงตัวและพิจารณาคำร้องของแฝงตัว

ก) การขออนุญาตโดยสำนักงานอัยการในการแฝงตัว

การใช้เจ้าหน้าที่สอบสวนโดยการแฝงตัวจะกระทำได้อต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากสำนักงานอัยการในสถานการณ์การฉุกเฉินและในกรณีที่เป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจขออนุญาตได้ในเวลาที่กำหนดให้ขออนุญาตในภายหลังโดยเร็วและหากสำนักงานอัยการไม่อนุญาตภายในสามวันต้องยุติการปฏิบัติการ และการอนุญาตต้องทำเป็นหนังสือและกำหนดเวลาไว้ การขยายระยะเวลาจะกระทำได้อก็ต่อเมื่อยังมีความจำเป็นที่จะต้องสอบสวนโดยวิธีการแฝงตัวอยู่ในกรณีการใช้เจ้าหน้าที่แฝงตัวเพื่อสอบสวนผู้ต้องหาเฉพาะรายหรือเพื่อให้เจ้าหน้าที่แฝงตัวเข้าไปในเคหะสถานส่วนบุคคลทั่วไปที่ไม่สามารถเข้าไปได้ต้องได้รับอนุญาตจากศาลเว้นแต่ในกรณีเร่งด่วนและไม่อาจขออนุญาตจากสำนักงานอัยการได้ทันเวลา มาตรการแฝงตัวจะสิ้นสุดลงภายในสามวันหากไม่ได้รับอนุญาตจากศาล<sup>39</sup>

ข) การเข้าไปในเคหะสถานหรือสถานที่ใด<sup>40</sup>

<sup>38</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. 509.

<sup>39</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. 509.

<sup>40</sup> Section 110c (Entering Private Premises)

เจ้าหน้าที่แฝงตัวอาจเข้าไปในเคหะสถานหรือสถานที่ใดของเอกชนโดยความยินยอมของผู้มีสิทธิในสถานที่นั้นความยินยอมให้เข้าไปในเคหะสถานดังกล่าวจะต้องไม่ได้มาโดยวิธีการหลอกลให้เชื่อว่าเจ้าหน้าที่นั้นมีสิทธิที่จะเข้าไปได้ และต้องอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ของการแฝงตัวการใช้อำนาจในกรณีการเข้าไปในเคหะสถานนั้นนอกจากจะต้องพิจารณาตามกฎหมายนี้แล้วยังต้องพิจารณาตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย

ตัวอย่างในกรณีนี้ได้แก่ เจ้าหน้าที่แฝงตัวอาจใช้วิธีการปกปิดตัวตนโดยทำที่เป็นเพื่อนกับเป้าหมาย และได้รับเชิญจากเป้าหมายให้เข้าไปดูทีวีในห้องนั่งเล่นในบ้านด้วยกัน โดยไม่ปรากฏว่ามีการยินยอม ให้เจ้าหน้าที่แฝงตัวเข้าไปในส่วนอื่นๆของบ้านได้ เช่นนี้หากเจ้าหน้าที่แฝงตัวเข้าไปในส่วนอื่นๆของบ้าน เช่น ห้องนอนโดยไม่ได้รับอนุญาตย่อมเป็นการกระทำที่เกินขอบเขต

ปฏิบัติการแฝงตัวที่ได้รับอนุญาตตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาข้อมอบด้วยกฎหมาย ทำให้เจ้าหน้าที่แฝงตัวได้รับความคุ้มครองจากการถูกศาลเยอรมนีเรียกตัวไปเบิกความในศาลอย่างเปิดเผยได้ โดยอาจให้การผ่านระบบวิดีโอเทเลคอนเฟอเรนซ์ (Video Teleconference) การพรางตัวตนพยาน (Disguised Witnesses) หรือให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเบิกความเป็นพยานบอกเล่าแทนจึงเป็นการให้อำนาจอย่างไม่เป็นทางการแก่ฝ่ายเจ้าหน้าที่ตำรวจในการปกปิดการมีส่วนในการกระทำผิดของเจ้าหน้าที่แฝงตัวได้<sup>41</sup> โดยตัวตนของเจ้าหน้าที่แฝงตัวอาจยังถูกเก็บรักษาเป็นความลับแม้การปฏิบัติการจะได้เสร็จสิ้นแล้ว สำนักงานอัยการและศาลซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการวินิจฉัยการอนุญาตการใช้เจ้าหน้าที่แฝงตัว อาจให้มีการเปิดเผยตัวตนเจ้าหน้าที่อำพรางแก่อัยการหรือศาลดังกล่าวได้ การเก็บรักษาตัวตนให้เป็นความลับในกระบวนการดำเนินคดีอาญาสามารถชอบที่กระทำได้ตามมาตรา 96 โดยเฉพาะหากมีเหตุตามควรที่จะกล่าวว่าการเปิดเผยตัวตนดังกล่าวจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือ เสรีภาพของเจ้าหน้าที่แฝงตัวหรือบุคคลอื่นหรืออาจเป็นอันตรายต่อการดำเนินการใช้เจ้าหน้าที่แฝงตัวต่อไป<sup>42</sup> แต่หากการปฏิบัติการอำพรางไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ศาลข้อมอบมีอำนาจเรียกให้เจ้าหน้าที่แฝงตัวมาเบิกความอย่างเปิดเผยในศาลและอาจทำให้การมีส่วนในการกระทำผิดของเจ้าหน้าที่แฝงตัวถูกเปิดเผยต่อศาลได้ แม้ในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่แฝงตัวจะถูกลงโทษเพราะการฝ่าฝืนนั้นได้ยาก เนื่องจากศาลจะพิจารณาจากเจตนาชั่วร้าย ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

<sup>41</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. 564.

<sup>42</sup> Justiz und für Verbraucherschutz, Bundesministerium,

ของการกระทำและความจำเป็นและตีความว่าเจ้าหน้าที่แฝงตัวขาดเจตนาทำให้เจ้าหน้าที่แฝงตัวไม่มีความผิดอาญา<sup>43</sup> นอกจากนี้การปฏิบัติการแฝงตัวไม่ชอบตามด้วยกฎหมายย่อมทำให้พยานหลักฐานที่ได้มาจากการปฏิบัติการนั้นรับฟังมิได้อีกด้วย<sup>44</sup>

#### 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)<sup>45</sup> ในแต่ละมลรัฐและอาณาเขตปกครองตนเองต่างมีอำนาจธิปไตยเป็นของตนเอง ทั้งอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ แยกเป็นอิสระต่างหากจากการบริหารราชการแผ่นดินของสหพันธรัฐ (Federation Government) ออสเตรเลียใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หรือกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ถ้าหากกฎหมายของมลรัฐหรือกฎหมายอาณาเขตปกครองตนเองมีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายสหพันธรัฐ บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะไม่สามารถบังคับใช้ได้<sup>46</sup>

บทบัญญัติแห่งกฎหมายของมลรัฐเซาท์ออสเตรเลีย ประเทศออสเตรเลีย ที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการนำเอามาตรการแฝงตัวและการจัดทำตัวตนสมมุติ (Undercover Operations and

<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. 570.

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

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

<sup>46</sup> ห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ศาลยุติธรรม, "กฎหมายสิทธิบัตรออสเตรเลีย: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย" [ออนไลน์]เข้าถึงเมื่อ 20 กันยายน 2561. แหล่งที่มา: [http://elib.coj.go.th/Article/cpt2011\\_3\\_5.pdf](http://elib.coj.go.th/Article/cpt2011_3_5.pdf)

Assumed Identities) มาใช้บังคับปรากฏอยู่ใน Criminal Investigation (Covert Operations) Act 2009<sup>47</sup> หรือพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีอาญา (การปฏิบัติการลับ) ค.ศ. 2009 ซึ่งลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 25 มิถุนายน 2552 โดยมีอัยการสูงสุดเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติ<sup>48</sup> กฎหมายฉบับดังกล่าวได้ผ่านการแก้ไขเพิ่มเติมมาแล้วรวมทั้งสิ้น 4 ครั้ง ซึ่งฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้ผ่านการแก้ไขเพิ่มเติมและมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 27 พฤศจิกายน 2557 เป็นต้นมา<sup>49</sup>

พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ตราขึ้นเพื่ออนุญาตให้มีการใช้มาตรการแฝงตัวและการจัดทำตัวตนสมมุติมาใช้บังคับ ทั้งนี้ เพื่อวัตถุประสงค์ในการคดีอาญาและเพื่อประโยชน์ในการรวบรวมข่าวกรองอาชญากรรมทั้งในและนอกมณฑลรัฐเพื่อจัดทำแผนการสำหรับการคุ้มครองพยานเพื่อจัดให้มีการบังคับใช้มาตรการแฝงตัว การจัดทำตัวตนสมมุติ และการจัดทำแผนการที่ได้รับการรับรองข้ามพรมแดน ตลอดจนเพื่อวัตถุประสงค์ประการอื่น<sup>50</sup>

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

Act ค.ศ. 2007

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

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

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

<sup>50</sup> 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. 1972<sup>51</sup>

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 ที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตหรือการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง<sup>52</sup>

2. ห้ามมิให้ตำรวจระดับสูงหรือคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตอนุญาตให้นำมาตรการแฝงตัวมาใช้บังคับ เว้นแต่จะปรากฏเหตุดังต่อไปนี้

ก. เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลเคยเข้าไปมีส่วนร่วม กำลังมีส่วนร่วม หรือกำลังจะเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดทางอาญาร้ายแรง โดยที่เจ้าพนักงานจะรู้ตัวตนของบุคคลนั้นหรือไม่ก็ตาม และ

ข. เมื่อเป็นที่พอใจว่าขอบเขตของการนำมาตรการแฝงตัวไม่ได้กว้างเกินความจำเป็น ทั้งนี้เมื่อพิจารณาจากสภาพและขอบเขตของการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงที่ต้องสงสัย และ

<sup>51</sup> Criminal Investigation (Cover Operation) 2009 section 3

<sup>52</sup> Criminal Investigation (Cover Operation) 2009 section 4

ค. เมื่อเป็นที่พอใจว่ามาตรการแฝงตัวนั้นมีความสอดคล้องและได้สัดส่วนนั้นคือ มาตรการแฝงตัวที่มีความชอบธรรมทางสังคมเมื่อเปรียบเทียบกับภัยอันตรายที่สังคมจะได้รับจากการ กระทบความผิ้อาณาร้ายแรง