

บทที่ 5

แนวทางการแก้ไขปัญหามาตรการแฝงตัวในประเทศไทย

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

จากการศึกษาสภาพปัญหามาตรการแฝงตัวของประเทศไทย โดยใช้แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ประกอบกับหลักกฎหมายของต่างประเทศที่ได้รับการปรับปรุงแก้ไขอันเป็นผลมาจากการใช้บังคับมายาวนาน เพื่อค้นหาและสร้างหลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้มาตรการบังคับทางอาญาในการใช้มาตรการแฝงตัวที่มีเงื่อนไขในการบังคับใช้อย่างชัดเจนและแน่นอนในวัตถุประสงค์ของมาตรการ มีขอบเขตและวิธีการใช้ที่มีความเป็นภาวะวิสัย เพิ่มประสิทธิภาพในการค้นหาความจริงอันถือเป้าหมายสูงสุดของคดีอาญาไปพร้อมกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคล

ในบทนี้จะได้วิเคราะห์ถึงการใช้มาตรการบังคับทางอาญาในการใช้มาตรการแฝงตัวที่ต้องกระทำโดยคำนึงถึงหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การบัญญัติหลักเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขในการใช้มาตรการแฝง กำหนดให้มาตรการแฝงตัวบัญญัติไว้เป็นบทกฎหมายทั่วไป ในการใช้อำนาจสอบสวนของเจ้าพนักงานของรัฐ เพื่อขจัดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย และการตีความที่แตกต่างกันไปตามแต่ประเภทของความคิดที่ได้รับความคุ้มครองที่ต่างกันตามวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายเฉพาะ โดยนำแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องมาวิเคราะห์ร่วมกับหลักกฎหมายต่างประเทศ

รวมทั้งศึกษาวิเคราะห์ถึงรายละเอียดทั้งหมด เพื่อสร้างหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมกับมาตรการแฝงตัวที่ดี กล่าวคือ หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการขอใช้มาตรการ องค์กรผู้มีอำนาจอนุญาตให้ใช้มาตรการแฝงตัว โดยแยกวิเคราะห์เป็นหัวข้อดังต่อไปนี้

5.1 การบัญญัติมาตรการแฝงตัวไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

จากการศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับหลักการเรื่องมาตรการแฝงตัวของประเทศไทยพบว่า ปัญหาเกิดจากไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการใช้มาตรการแฝงตัวในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญา แต่ปรากฏบทบัญญัติเช่นว่า กระจายอยู่ตามกฎหมายพิเศษต่าง ๆ กฎหมายพิเศษแต่ละฉบับก็มีหลักเกณฑ์ในการใช้มาตรการแฝงตัวแตกต่างกันออกไป โดยแยกพิจารณารายละเอียดได้ ดังนี้

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

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

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

จะเห็นได้ว่า หลักการของพระราชบัญญัติต่าง ๆ ซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายพิเศษเหล่านี้ที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานใช้มาตรการบังคับทางอาญา พบว่ามีข้อบกพร่องในการใช้มาตรการบังคับซึ่งเป็นเพราะกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขไว้หลวมมาก คือแม้มีความจำเป็นเท่านั้นก็สามารถแฝงตัวได้แล้ว ซึ่งหลักเกณฑ์เหล่านี้ยังไม่สามารถที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ จึงต้องมีหลักเกณฑ์อื่นเพิ่มเติมเพื่อให้มีความครอบคลุมที่จะใช้มาตรการ เช่น ความร้ายแรงของ

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

ดังนั้น การที่จะบัญญัติให้มาตรการแฝงตัวเป็นมาตรการบังคับควรพิจารณากำหนดหลักการนี้ลงในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีฐานะเป็นบทกฎหมายทั่วไป โดยเมื่อศึกษาหลักการเกี่ยวกับมาตรการแฝงตัวของต่างประเทศพบว่า ประเทศที่มีความเป็นเสรีนิยมมักจะมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการใช้มาตรการบังคับทางอาญาเอาไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ทั้งนี้เพราะมาตรการดังกล่าวมีลักษณะกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่เกี่ยวข้องค่อนข้างมาก ทั้งยังจะช่วยทำให้การใช้มาตรการแฝงตัว ไม่ว่าจะในฐานะความผิดใด อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกันอีกด้วย

5.2 หลักเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขให้ใช้มาตรการแฝงตัว

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

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

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

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

2) ความเสี่ยงในการก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคล ความเสียหายทางทรัพย์สิน ความเสียหายทางการเงินต่อบุคคลหรือองค์กรธุรกิจ ความเสียหายต่อชื่อเสียง หรือภัยอันตรายต่อบุคคลประการอื่น

3) ความเสี่ยงต่อความรับผิดชอบทางแพ่ง หรือความเสียหายอื่นของรัฐบาล

4) ความเสี่ยงต่อการละเมิดความเป็นส่วนตัว หรือการแทรกแซงความสัมพันธ์ที่พิเศษ หรือที่เป็นความลับ ตลอดจนการละเมิดสิทธิที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น ๆ ได้ให้ความคุ้มครอง

5) ความเสี่ยงของบุคคลผู้ซึ่งมีส่วนร่วมในมาตรการแฝงตัวที่อาจจะเข้าไปเกี่ยวข้องกับ การกระทำที่ผิดกฎหมายซึ่งต้องห้ามตามความในข้อ IV.H

6) ความเหมาะสมของการมีส่วนร่วมของรัฐบาลในประเภทของการกระทำอันได้รับการคาดการณ์ว่าจะเกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินการ

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

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

1) เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลเคยเข้าไปมีส่วนร่วม กำลังมีส่วนร่วม หรือกำลังจะ เข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดทางอาญาร้ายแรง โดยที่เจ้าพนักงานจะรู้ตัวตนของบุคคล นั้นหรือไม่ก็ตาม และ

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

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

2) เมื่อเป็นที่พอใจว่าขอบเขตของการนำมาตรการแฝงตัวไม่ได้กว้างเกินความจำเป็น ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากสภาพและขอบเขตของการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงที่ต้องสงสัย และ

3) เมื่อเป็นที่พอใจว่ามาตรการแฝงตัวนั้นมีความสอดคล้องและได้สัดส่วนนั้นคือ มาตรการแฝงตัวที่มีความชอบธรรมทางสังคมเมื่อเปรียบเทียบกับภัยอันตรายที่สังคมจะได้รับจากการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง

เมื่อทำการศึกษาลักษณะอันเป็นเงื่อนไขในการใช้มาตรการแฝงตัวของต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณีหรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะพบว่า ลักษณะอันเป็นเงื่อนไขให้ใช้มาตรการแฝงตัวนั้น มีดังต่อไปนี้

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

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

3) จะต้องเป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานเดียวกันนี้ (Subsidiary Clause)

โดยในการใช้มาตรการแฝงตัวนั้น รัฐจะต้องคำนึงถึงหลักนิติรัฐหรือหลักการจำกัดอำนาจรัฐโดยกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักการที่ทำให้รัฐต้องผูกพันอยู่กับหลักการพื้นฐานและคุณค่าทางกฎหมาย หลักการดังกล่าวเรียกร้องให้รัฐต้องดำเนินการในด้านต่าง ๆ ให้เกิดความเป็นธรรมอย่างแท้จริงในสังคมและบังคับให้รัฐต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไปพร้อมกัน หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้ว การกระทำของรัฐย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามหลักที่ว่าไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ⁴ หรือหลักกฎหมายเป็นเงื่อนไขของอำนาจ

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

5.3 การควบคุมการใช้มาตรการแฝงตัว

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