

ปัญหาการแสวงหาพยานหลักฐานในการป้องกันและปราบปรามทุจริต  
ของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ\*

Problems Regarding the Obtaining of Evidence for  
the Prevention and Suppression of Corruption of  
the Office of the National Anti-Corruption Commission  
of Thailand

ธนัทเทพ เตียรประสิทธิ์  
*Tanatthep Tianprasit*

อาจารย์ประจำ  
คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์  
148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240  
Full-time Lecturer  
Graduate School of Law, National Institute of Development Administration  
148 Seri Thai Road, Klong Chan, Bang Kapi, Bangkok 10240  
Corresponding author e-mail: nat\_qmul@yahoo.com  
(Received: July 24, 2023; Revised: October 29, 2023; Accepted: December 4, 2023)

---

บทคัดย่อ

ปัญหาการทุจริต คอรัปชั่น เป็นปัญหาสำคัญของประเทศไทยมาโดยตลอด ส่วนหนึ่งของปัญหาดังกล่าวมีสาเหตุมาจากการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีประเภทนี้มีความยากกว่าคดีอาญาทั่วไป ซึ่งในระดับนานาชาติได้แนะนำให้มีการใช้วิธีการพิเศษเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวใน มาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003 (United Nations Convention against Corruption หรือ UNCAC) เพื่อเป็นเครื่องมือทางกฎหมายในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ

---

\* บทความนี้คัดมาจากรายงานวิจัย เรื่องปัญหาการแสวงหาพยานหลักฐานในการป้องกันและปราบปรามทุจริตของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ โดย ธนัทเทพ เตียรประสิทธิ์ (2565)

ดังนั้นเพื่อศึกษาถึงความเป็นไปได้ดังกล่าว บทความวิจัยชิ้นนี้จึงทำการวิจัยเอกสาร โดยศึกษาวิเคราะห์ถึงพันธกิจของมาตรา 50 แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้าน การทุจริต และศึกษาวิเคราะห์กฎหมายภายในของสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) สหรัฐอเมริกา และประเทศเนเธอร์แลนด์ที่เกี่ยวข้องกับการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน ตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาดังกล่าว โดยทั้งนี้ ผลลัพธ์ของวิจัยชิ้นนี้จะเป็นประโยชน์ต่อ การพัฒนาการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อเป็นเครื่องมือทางกฎหมาย ที่สามารถใช้ปราบปรามการทุจริตในภาครัฐของประเทศไทยต่อไป

จากการศึกษา ค้นคว้า และวิเคราะห์ ข้อความดังกล่าวข้างต้น บทความวิจัยชิ้นนี้ได้ ข้อสรุปว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 ควรที่จะเพิ่มอำนาจให้เจ้าหน้าที่ที่สามารถใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน ในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ เนื่องจากอำนาจในการ แสวงหาพยานหลักฐานโดยทั่วไปนั้นไม่ประสิทธิภาพเพียงพอที่จะสามารถแสวงหาพยานหลักฐาน เพื่อปราบปรามการทุจริตในภาครัฐได้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยาน หลักฐานมีลักษณะที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน จึงต้องมีการจัดขอบเขตการใช้วิธีการพิเศษเพื่อ การแสวงหาพยานหลักฐาน เพื่อให้กระทำตามความเหมาะสมและจำเป็นเท่านั้น

**คำสำคัญ :** การป้องกันและปราบปรามการทุจริต, วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน, สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

## Abstract

This research article aims to propose the legislating of the special investigative techniques from Article 50(1) of the United Nations Convention against Corruption (UNCAC) into the Organic Act on Anti-Corruption Act B.E. 2561 (2018) of Thailand.

A doctrinal research methodology was imposed in this research article by conducting a comprehensive analysis of the obligations under Article 50 of the UNCAC. Furthermore, the domestic laws of England and Wales, the United States of America and the Netherlands relating to the issues would be critical analysis to compare with the domestic laws of Thailand. Consequently, the results of this research will contribute to the development of the use of special investigative

techniques, as legal instruments to combat public sector's corruption in Thailand.

Eventually, this research article had concluded that the special investigative techniques needed to be legislating into the Organic Act on Anti-Corruption Act B.E. 2561 (2018) of Thailand to successfully combat public sector's corruption in Thailand because the conventional investigative techniques are insufficient to obtain criminal evidence in the corruption cases. Nonetheless, there must be a strike balance between the imposing of the special investigative techniques and the violation of individual's human rights.

**Keywords:** The Prevention and Suppression of Corruption, Special investigative techniques, The Office of the National Anti-Corruption Commission of Thailand<sup>1</sup>.

## 1. บทนำ

### 1.1 ที่มาและความสำคัญ

ประเทศไทยเป็นอีกประเทศหนึ่งที่ประสบปัญหาการทุจริตในภาครัฐมาอย่างยาวนานในทุกๆปี องค์กรเพื่อความโปร่งใสนานาชาติ (Transparency International) จะทำการประเมินและจัดอันดับค่าคะแนนดัชนีการรับรู้การทุจริต (Corruption Perceptions Index) หรือ CPI Rank ของแต่ละประเทศทั่วโลก โดยในปี พ.ศ. 2565 ประเทศไทยได้อันดับที่ 101 จาก 180 ประเทศ และได้รับคะแนน CPI 36 จาก 100<sup>1</sup> ทั้งนี้ในการจัดอันดับนั้น คะแนนที่สูงกว่าหมายถึงมีการทุจริตที่น้อย ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าประเทศไทยนั้นจัดว่าอยู่ในระดับที่ต่ำกว่าค่าเฉลี่ยจาก 180 ประเทศที่อยู่ที่ 43 คะแนนและเฉพาะเอเชียแปซิฟิก มีค่าคะแนนเฉลี่ยที่ 45 คะแนน นอกเหนือไปจากนี้ คะแนนดังกล่าวนี้ยังถือว่าน้อยมาก หากเปรียบเทียบกับค่าเฉลี่ยของประเทศที่พัฒนาแล้วในฝั่งยุโรปตะวันตก ซึ่งมีคะแนนเฉลี่ยอยู่ที่ 66 คะแนน

ในระดับสากลปัญหาการทุจริตในภาครัฐนั้นเป็นปัญหาที่สำคัญของทุกประเทศเช่นเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ ในปี ค.ศ. 2003 องค์กรสหประชาชาติจึงได้จัดทำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต หรือ United Nations Convention against Corruption (UNCAC) ขึ้น

---

<sup>1</sup> Transparency International. 2565. "Thailand." [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.transparency.org/en/cpi/2022/index/tha> [28 ตุลาคม 2566]

โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่กำหนดแนวทางปฏิบัติอันเป็นการป้องกันและปราบปรามการทุจริตฉบับแรกในระดับนานาชาติ ในปัจจุบันอนุสัญญาดังกล่าวนั้นมีรัฐภาคีรวมทั้งสิ้น 189 ประเทศ ทั้งนี้ ประเทศไทยเองก็เป็นหนึ่งในภาคีแห่งอนุสัญญาดังกล่าว โดยได้ลงนามและให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม พ.ศ. 2546 และ 1 มีนาคม พ.ศ. 2554 ตามลำดับ ทำให้ประเทศไทยนั้นมีพันธะกรณีที่จะต้องอนุวัติตามอนุสัญญาดังกล่าว โดยต้องนำหลักการสำคัญของอนุสัญญาดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อบังคับใช้ในระดับประเทศต่อไป

ทั้งนี้ มาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาดังกล่าวนั้นได้แนะนำให้มีการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตไว้เป็นพิเศษ เนื่องจากคดีที่เกี่ยวข้องกับการทุจริต โดยเฉพาะการทุจริตในภาครัฐนั้น ส่วนใหญ่มีลักษณะเฉพาะและมีความซับซ้อนมากกว่าคดีอาญาทั่วไป ดังนั้นการใช้เพียงวิธีการทั่วไปเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อมาดำเนินคดีการทุจริตนั้นจึงกระทำได้ยาก ทั้งนี้มาตรา 50(1) ได้กำหนดวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานไว้ 3 รูปแบบ ได้แก่ การแสวงหาพยานหลักฐานโดยใช้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม (Controlled Delivery) การสะกดรอยโดยใช้ เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ หรือด้วยวิธีการอื่นใด (Electronic or other forms of surveillance) และการแสวงหาพยานหลักฐานโดยใช้การปฏิบัติการอำพราง (Undercover Operation)

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่าประเทศไทยนั้นเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านทุจริต ประเทศไทยจึงมีพันธะที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่บังคับใช้ในประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องเรื่องดังกล่าวให้สอดคล้องกับพันธะตามอนุสัญญา ในปัจจุบันแม้จะมีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 เป็นกฎหมายหลักในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ แต่พระราชบัญญัติ ดังกล่าวกลับไม่ได้อนุญาตให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้ ทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตนั้น จำต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติทั่วไป กล่าวคือ กระทำโดยการใช้วิธีการทั่วไปเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งดังที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้วนั้นว่า คดีทุจริตนั้นมีลักษณะเฉพาะและซับซ้อนกว่าคดีอาญาทั่วไป ดังนั้นการใช้วิธีการทั่วไปเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตนั้น อาจกระทำได้ยากหรือไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ทั้งนี้ ถึงแม้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาฯ จะไม่ได้อยู่ในส่วนของพันธะที่รัฐภาคีจำเป็นต้องปฏิบัติตามตามอนุสัญญาฯ แต่เพื่อประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐแล้วนั้น การอนุญาตให้มีการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้แล้วนั้น ย่อมจะช่วยให้การแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริต

ในภาครัฐได้มากและสะดวกยิ่งขึ้น ซึ่งหากประเทศไทยมีความประสงค์ที่จะป้องกันและปราบปราม การทุจริตในภาครัฐได้อย่างประสบความสำเร็จแล้วนั้น วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน จึงเป็นเครื่องมือที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า การใช้วิธีพิเศษเพื่อการแสวงหา พยานหลักฐานนั้นอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ดังนั้นประเทศไทยจึงจำเป็นต้อง ที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวให้มีทั้งประสิทธิภาพและไม่เป็นการ ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลจนเกินกว่าเหตุ

บทความวิจัยฉบับนี้ จึงศึกษาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย การป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 กับ มาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติ ว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003 (United Nations Convention against Corruption หรือ UNCAC) และกฎหมายภายในของสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) สหรัฐอเมริกาและ ประเทศเนเธอร์แลนด์ที่เกี่ยวข้องกับการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน เพื่อนำเสนอ การแก้ไข ปรับปรุงพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดและหลักการของการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยาน หลักฐานในคดีที่ทุจริตในภาครัฐตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้าน การทุจริต ค.ศ. 2003

1.2.2 เพื่อศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาครัฐ

1.2.3 เพื่อศึกษาถึงผลกระทบของการบังคับใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยาน หลักฐานในคดีที่ทุจริตในภาครัฐ ซึ่งกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล เพื่อให้สามารถนำไปใช้ได้ อย่างมีประสิทธิภาพ

1.2.4 เพื่อศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตรวจสอบกระบวนการ ได้มาซึ่งพยานหลักฐานจากการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริต ในภาครัฐ

1.2.5 เพื่อศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการแก้ไข ปรับปรุง พัฒนาระบบบทบัญญัติของ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาครัฐของ ประเทศไทย

### 1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

การใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านทุจริตในคดีทุจริตนั้น เป็นวิธีการที่ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติ และเป็นวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากกว่าวิธีการทั่วไป เนื่องจากลักษณะของคดีทุจริตในภาครัฐมักเป็นการกระทำความผิดอาญาที่มีความร้ายแรงและมีรูปแบบการกระทำความผิดที่ซับซ้อน แตกต่างจากคดีอาญาทั่วไปจึงจำเป็นต้องใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าการใช้วิธีพิเศษดังกล่าวนี้มีความเสี่ยงที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพต่างๆของประชาชน ดังนั้นการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานจะต้องกระทำภายใต้การควบคุมของกฎหมายอย่างเคร่งครัดและกระทำเท่าที่จำเป็นเท่านั้น

เนื่องจาก ประเทศไทยนั้นยังไม่มีกฎหมายที่รองรับการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาครัฐไว้โดยตรง งานวิจัยฉบับนี้จึงเสนอแนะให้บัญญัติวิธีการพิเศษดังกล่าวเพิ่มเติมในกฎหมายการป้องกันและปราบปรามการทุจริตของประเทศไทย ซึ่งก็คือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 โดยให้มีรายละเอียดที่รวมถึงการกำหนดขอบเขตการใช้ที่ชัดเจน เพื่อควบคุมการใช้วิธีการพิเศษดังกล่าวให้ไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด

### 1.4 ขอบเขตการศึกษาวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้มุ่งเน้นศึกษาวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาครัฐตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ซึ่งประกอบด้วยวิธีการ 3 วิธี ได้แก่

(1) การแสวงหาพยานหลักฐานโดยใช้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม (Controlled Delivery)

(2) การแสวงหาพยานหลักฐานโดยใช้วิธีการสะกดรอยโดยใช้เครื่องมือสื่อสารโทรคมนาคม เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ หรือด้วยวิธีการอื่นใด (Electronic or other forms of surveillance)

(3) การแสวงหาพยานหลักฐานโดยใช้การปฏิบัติการอำพราง (Undercover Operation)

ทั้งนี้เนื่องจากคดีในลักษณะดังกล่าวมีลักษณะที่เฉพาะตัว ซึ่งการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานนอกเหนือจากวิธีการทั่วไปเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นจะทำให้

การแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อนำมาดำเนินคดีเป็นไปได้อย่างราบรื่นมากยิ่งขึ้น นอกเหนือไปจากนี้ งานวิจัยฉบับนี้ยังมุ่งที่จะศึกษาแนวคิดและหลักการที่เกี่ยวกับพยานหลักฐานในคดีอาญา แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และความชอบด้วยกฎหมายของพยานหลักฐานที่ได้จากวิธีการพิเศษนี้ โดยการศึกษาและวิเคราะห์ด้วยบทกฎหมายและกรณีศึกษาทั้งในประเทศและต่างประเทศ เพื่อเสนอแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยในประเด็นดังกล่าว

### 1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

งานวิจัยชิ้นนี้เป็นการวิจัยเอกสาร (documentary research) และการวิจัยเปรียบเทียบ (comparative research) เพื่อรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

ในส่วนของการวิจัยเอกสารนั้นจะทำการวิจัยโดยใช้เอกสารทั้งประเภทปฐมภูมิ (primary resources) เช่น กฎหมายสารบัญญัติ กฎหมายวิธีสบัญญัติและคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้วิธีการพิเศษในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อปราบปรามการทุจริต และเอกสารประเภททุติยภูมิ (secondary resources) เช่น หนังสือ รายงานการวิจัยบทความวิชาการและข้อเขียนประเภทอื่น ทั้งที่มีการตีพิมพ์และที่สามารถสืบค้นได้ทางอินเทอร์เน็ต ทั้งนี้ความมุ่งหมายของการวิจัยเอกสาร คือ การรวบรวม ศึกษาวิเคราะห์และเปรียบเทียบข้อมูลทั้งหมดเพื่อให้ได้มาซึ่งภาพรวมของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริต

ในส่วนของการวิจัยเปรียบเทียบนั้นจะกระทำโดยการศึกษเปรียบเทียบกฎหมายภายในของประเทศไทยกับประเทศเนเธอร์แลนด์ สหรัฐอเมริกา (กฎหมายสหพันธรัฐ) สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) รวมถึงอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องอย่าง อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 หรือ United Nations Convention against Corruption (UNCAC-2003) ซึ่งเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศหลักที่กำหนดแนวทางเกี่ยวการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ โดยจุดประสงค์หลักของการวิจัยเปรียบเทียบนั้นเพื่อนำข้อมูลจากระบบกฎหมายที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศมาศึกษาวิเคราะห์ ความเหมือนและความแตกต่าง รวมถึงการวิเคราะห์ข้อดีและข้อเสีย เพื่อที่จะสามารถเสนอแนวทางแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐในประเทศไทยได้ต่อไป

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

1.6.1 เพื่อให้ทราบถึงแนวคิดและหลักการของการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาครัฐตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003

1.6.2 เพื่อให้ทราบถึงบทบัญญัติของกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาครัฐ

1.6.3 เพื่อให้ทราบถึงผลกระทบของการบังคับใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาครัฐ ซึ่งกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล เพื่อให้สามารถนำวิธีการพิเศษไปใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

1.6.4 เพื่อให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตรวจสอบกระบวนการได้มาซึ่งพยานหลักฐานจากการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาครัฐ

1.6.5 เพื่อให้ได้แนวทางในการแก้ไข ปรับปรุง พัฒนาระบบของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน เพื่อให้วิธีพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 นี้สามารถนำไปใช้ในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐของประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพและส่งผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชนให้น้อยที่สุด

## 2. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561

ในปัจจุบัน พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 เป็นกฎหมายหลักในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตของประเทศไทยโดยมีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ หรือ ป.ป.ช. เป็นหน่วยงานหลักที่บังคับใช้กฎหมายดังกล่าว โดยพระราชบัญญัตินี้ ได้บัญญัติมาตรการต่างๆ มากมายเพื่อปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ เช่น การกำหนดอัตราโทษสูงสุดเป็นการจำคุกตลอดชีวิตในความผิดฐาน เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่<sup>2</sup> การไล่ออกจากตำแหน่ง

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 173.

ในกรณีถูกตรวจพบว่าร้ายวผิดปกติ<sup>3</sup> หรือการริบทรัพย์สินที่ร้ายวผิดปกติให้ตกเป็นของแผ่นดิน<sup>4</sup> นอกจากนี้ พระราชบัญญัตินี้ยังได้กำหนดมาตรการหลาย ๆ มาตรการในการสนับสนุนและปกป้องสายข่าวและผู้ให้ข้อมูลที่สำคัญเกี่ยวกับการทุจริตในภาครัฐ เช่น การห้ามเปิดเผยข้อมูลพยานบุคคล<sup>5</sup> การคุ้มครองพยาน<sup>6</sup> การให้รางวัล การเลื่อนขั้นเงินเดือนและตำแหน่งกรณีเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ<sup>7</sup> การกันบุคคลไว้เป็นพยานเพื่อไม่ดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่รัฐ<sup>8</sup>

ในส่วนของอำนาจการสืบสวนการทุจริตในภาครัฐ ที่ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ เรียกว่า การไต่สวน<sup>9</sup> นั้นเป็นไปตาม มาตรา 40 ซึ่งบัญญัติว่า

“ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้

(1) ให้ประธานกรรมการและกรรมการ เป็นเจ้าพนักงานในการยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญา

(2) ให้กรรมการไต่สวน หัวหน้าพนักงานไต่สวน พนักงานไต่สวน และพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา

ในการดำเนินการตรวจสอบ การสอบสวน การไต่สวน หรือการไต่สวนเบื้องต้นตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ ให้ประธานกรรมการ กรรมการ กรรมการไต่สวน เลขาธิการ หัวหน้าพนักงานไต่สวนและพนักงานไต่สวน เป็นพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ และมีอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเช่นเดียวกับพนักงานสอบสวนด้วย

เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายหรือมอบอำนาจในการฟ้องคดี ว่าต่าง หรือดำเนินคดีแทนคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจว่าความ และดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลได้ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนด”<sup>10</sup>

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 122.

<sup>4</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 122.

<sup>5</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 36 และ 72.

<sup>6</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 131 วรรค 1 และ มาตรา 133.

<sup>7</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 131 วรรค 4.

<sup>8</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 135.

<sup>9</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 4

“ไต่สวน” หมายความว่า การแสวงหา รวบรวม และการดำเนินการอื่นใด เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงและพยานหลักฐาน.

<sup>10</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 40.

จะเห็นได้ว่าถึงแม้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 ได้กำหนดมาตรการหลายๆอย่างเพื่อปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ แต่มาตรการต่างๆข้างต้นอาจไม่เพียงพอที่จะปราบปรามการทุจริตในภาครัฐได้เพราะเน้นการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุ เช่น การริบทรัพย์สินที่ร่ำรวยผิดปกติให้ตกเป็นของแผ่นดินนั้น เป็นมาตรการที่เกิดหลังการทุจริตไปแล้วนั้น หรือกรณีการลงโทษในความผิดฐานรับสินบนหรือการไล่ออกรณที่ร่ำรวยผิดปกติก็เช่นเดียวกัน เพราะการทุจริตในภาครัฐนั้นได้เกิดขึ้นแล้ว และการที่จะสามารถใช้มาตรการข้างต้นได้นั้นก็จำเป็นต้องมีพยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีเสียก่อน ดังนั้นมาตรการที่สำคัญที่สุดจึงเป็นมาตรการทางกฎหมายในขั้นตอนของการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด

อย่างไรก็ตามในขั้นตอนของการแสวงหาพยานหลักฐานนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 อนุญาตให้เจ้าหน้าที่ใช้เพียงวิธีการทั่วไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในการแสวงหาพยานหลักฐานเท่านั้น<sup>11</sup> เช่น การออกหมายเรียก<sup>12</sup> การออกหมายจับโดยขออนุญาตจากศาล<sup>13</sup> การออกหมายค้น<sup>14</sup> ไม่ปรากฏข้อความที่อนุญาตให้ใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50 (1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 กล่าวคือ การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม การปฏิบัติการอำพรางและการสอดแนม แต่อย่างไรก็ดี ซึ่งในความเป็นจริงการกระทำการทุจริตในภาครัฐนั้นมักมีการกระทำในลักษณะที่เป็นการร่วมกันกระทำการของเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบในหลายระดับ โดยมักเป็นการกระทำความผิดที่ผู้บังคับบัญชาที่มีตำแหน่งและอำนาจสูงกว่าสั่งการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาดำเนินการทุจริต และเพื่อหลบเลี่ยงจากการถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย เจ้าหน้าที่รัฐระดับสูงเหล่านี้จึงมักจะใช้การสั่งการด้วยวาจาหรือสั่งการทางโทรศัพท์แทนการสั่งการที่เป็นรูปแบบลายลักษณ์อักษร ด้วยวิธีการดังกล่าวจึงส่งผลให้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานทั่วไป จึงไม่สามารถหาพยานหลักฐานที่จะเชื่อมโยงไปถึงผู้บังคับบัญชาที่สั่งการทางวาจาหรือโทรศัพท์ได้ ในส่วนนี้เองการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน เช่น การสอดแนมทางโทรศัพท์ จึงย่อมเป็นมาตรการที่มีความจำเป็นต้องนำมาใช้ในการนำตัวผู้ร่วมผู้กระทำความผิดที่มีตำแหน่งสูงมาลงโทษตามกฎหมายร่วมกับผู้กระทำความผิดรายอื่นได้

<sup>11</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 40 วรรค 2.

<sup>12</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477 มาตรา 25.

<sup>13</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477 มาตรา 59.

<sup>14</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477 มาตรา 59.

นอกจากนี้ มีข้อควรสังเกตว่าก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 นั้น วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้ถูกบัญญัติไว้ในร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตเมื่อครั้งที่นำร่างฯ นี้เข้าเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ แต่อย่างไรก็ดีเรื่องดังกล่าวกลับถูกโต้แย้งอย่างหนักโดยสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เนื่องจากมีความกังวลว่าการอนุญาตให้ใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นจะเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและมีความกังวลว่าวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นจะถูกใช้ผิดวัตถุประสงค์เพื่อเป็นเครื่องมือในการทำลายคู่แข่งทางการเมืองแทน<sup>15</sup> ในการนี้ พลตำรวจเอก วัชรพล ประสารราชกิจ ประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติในเวลานั้น ได้โต้แย้งในประเด็นนี้ว่าสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีความจำเป็นที่จะต้องใช้วิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐเป็นอย่างมาก<sup>16</sup> แต่อย่างไรก็ดี ท้ายที่สุดแล้ว ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ตัดสินใจที่จะเพิกถอนวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานออกจากร่างฯดังกล่าว<sup>17</sup>

จึงอาจกล่าวได้ว่าการตัดสินใจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่เพิกถอนวิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานออกไปนั้นนอกจากจะเป็นการกระทบต่อพันธกิจในการอนุวัติวิธีการพิเศษตามอนุสัญญาดังกล่าวแล้วยังส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐของเจ้าหน้าที่สำนักงานปราบปรามการทุจริตแห่งชาติอีกด้วย เพราะ ทำให้เจ้าหน้าที่ต้องอาศัยวิธีการทั่วไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพียงอย่างเดียวในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ ซึ่งความสำคัญของวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น อาจยืนยันได้จากความพยายามในการผลักดันเรื่องดังกล่าวของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเองอีกครั้ง โดยในวันที่ 6 พฤษภาคม พ.ศ. 2566 จดหมายข่าวของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้ระบุว่า สำนักงานฯ ได้มีการจัดทำร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการ

<sup>15</sup> สำนักข่าวกรมประชาสัมพันธ์. 2560. “ประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ย้ำเสนอมาตรา 37/1 ที่เพิ่มอำนาจให้ ป.ป.ช. ดักฟังโทรศัพท์ อีเมล และตรวจดูแชทไลน์ ของผู้เข้าข่ายกระทำทุจริต เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงาน ไม่ได้มีเจตนาละเมิดสิทธิเสรีภาพ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://thainews.prd.go.th/th/news/detail/TNPOL6012290010010> [1 กันยายน 2566]

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>17</sup> Thai Public Broadcasting Service. 2560. “สนช.สรุปถอนเพิ่มอำนาจ ป.ป.ช.ดักฟังโทรศัพท์.” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.thaipbs.or.th/news/content/268756> [28 ตุลาคม 2566]

ป้องกันและปราบปรามทุจริต ฉบับใหม่ขึ้นเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามทุจริตฉบับปัจจุบัน โดยเพิ่ม มาตรา34/1 เรื่อง การเพิ่มกลไก การดักฟัง การเพิ่มการตรวจสอบไต่สวนโดยวิธีพิเศษ โดยเพิ่มมาตรา 34/2 การดักฟัง มาตรา 34/3 การแฝงตัว และมาตรา 34/4 การสะกดรอย โดยในครั้งนี้นี้จะมีการรับฟังความคิดเห็นถึงผลกระทบต่อประชาชนให้มากขึ้น จากเอกสารเผยแพร่ล่าสุดจึงเป็นการยืนยันถึงความสำคัญและจำเป็นของ วิธีการพิเศษตามอนุสัญญาดังกล่าวต่อการปราบปรามการทุจริตในประเทศไทยได้อย่างชัดเจน ที่เดียว

### 3. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในระดับสากล และต่างประเทศ

#### 3.1 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003 (United Nations Convention against Corruption หรือ UNCAC)

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตนั้นประกอบไปด้วย 8 บท ซึ่งแบ่งออกเป็น 71 มาตราเป็นที่น่าสังเกตว่าอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตนั้นมิได้นิยามคำว่า การทุจริตไว้ภายในอนุสัญญาแต่อย่างใด หากแต่อนุสัญญานั้นบัญญัติและให้นิยามแก่พฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการทุจริตต่างๆที่รัฐภาคีควรบัญญัติฐานความผิดในกฎหมายภายในของตน ซึ่งฐานความผิดเหล่านี้ รวมถึง การให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่ภายในหน่วยงานของรัฐ การกระทำการฟอกเงิน การยกยอกทรัพย์สินทั้งในภาครัฐและภาคเอกชนหรือการขัดขวางกระบวนการยุติธรรมทางอาญา<sup>18</sup> โดยเจ้าหน้าที่รัฐผู้เป็นผู้กระทำการทุจริตตามนิยามของอนุสัญญา นั้นหมายความรวมถึง ผู้ดำรงตำแหน่งในหน่วยงานนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการและศาล ไม่ว่าจะถูกเลือกตั้งหรือแต่งตั้งมาหรือบุคคลมีหน้าที่ทำงานหรือให้บริการแก่รัฐ<sup>19</sup>

ทั้งนี้อนุสัญญาดังกล่าวมีความโดดเด่นตรงที่มีการกำหนดมาตรการต่างๆ ทั้งมาตรการ การป้องกันและปราบปราม เพื่อปราบปรามการทุจริต นอกเหนือจากการเน้นการปราบปราม การทุจริตในรัฐภาคีแล้วนั้น อนุสัญญาดังกล่าวยังได้เน้นการสร้างความร่วมมือในระดับนานาชาติ ในการปราบปรามการทุจริตแบบข้ามชาติอีกด้วย ดังนั้น รัฐภาคีแห่งอนุสัญญาจึงมีพันธะที่จะต้อง

---

<sup>18</sup> The United Nations Convention against Corruption (adopted 31 October 2003 UNGA Res A/58/422) Chapter III Criminalization and law enforcement.

<sup>19</sup> The United Nations Convention against Corruption (adopted 31 October 2003 UNGA Res A/58/422) Article 2.

สร้างความร่วมมือในทางอาญาในการสืบสวนการทุจริต อีกทั้งต้องกำหนดมาตรการทางแพ่งและการปกครองเพื่อเป็นการสนับสนุนการปราบปรามการทุจริตอีกด้วย<sup>20</sup> ซึ่งหนึ่งในมาตรการในการปราบปรามการทุจริตภายใต้อนุสัญญานั้นคือการแนะนำให้เจ้าหน้าที่ผู้มีส่วนในการปราบปรามการทุจริตใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50(1) นั่นเอง โดยวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามความหมายของอนุสัญญานั้น ประกอบไปด้วย การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม (controlled delivery) การปฏิบัติการอำพราง (undercover operations) และการสอดแนม (electronic or other forms of surveillance)<sup>21</sup>

### 3.1.1 การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม

การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมเป็นวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานที่กระทำโดยการติดตามสิ่งของหรือการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือต้องสงสัย เช่น ยาเสพติด ชายหญิงและเด็ก อาวุธสงคราม ธนบัตรปลอม เป็นต้น โดยเมื่อเจ้าหน้าที่สืบสวนได้ข้อมูลหรือรู้มาว่าจะมีการกระทำผิดเกิดขึ้น แต่ยังไม่ดำเนินการจับกุมผู้กระทำโดยทันที หากแต่ปล่อยให้มีการเคลื่อนย้ายบุคคลหรือสิ่งของผิดกฎหมายนั้นไปยังจุดหมายปลายทางภายใต้การควบคุมของเจ้าหน้าที่เสียก่อน เพื่อให้สามารถขยายผลการจับกุมให้ได้ผู้กระทำผิดทั้งกระบวนการหรือเพื่อให้สามารถจับกุมบุคคลในระดับผู้สั่งการได้ ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวนี้จะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของเจ้าหน้าที่อย่างใกล้ชิดและใช้ความระมัดระวังในการควบคุมอยู่ตลอดเวลาเพราะสิ่งของที่อยู่ภายใต้การควบคุมนั้นเป็นสิ่งผิดกฎหมาย<sup>22</sup> การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นถูกอ้างถึงครั้งแรกใน อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ค.ศ. 1988 (United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances) และถูกกล่าวถึงและแนะนำให้ใช้เป็นหนึ่งในเครื่องมือในการแสวงหาพยานหลักฐานในอนุสัญญาของสหประชาชาติอีกหลายฉบับๆ เช่น อนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ค.ศ. 2000 (United Nations Convention against Transnational Organized Crime หรือ UNTOC) รวมถึงอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003 ด้วย โดยนิยามของการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นถูกบัญญัติอยู่

<sup>20</sup> Hannes Hechler, Mathias Huter, and Ruggero Scaturro, UNCAC in a Nutshell 2019, (UNCAC Coalition 2019) 1-2.

<sup>21</sup> The United Nations Convention against Corruption (adopted 31 October 2003 UNGA Res A/58/422) Article 50 - Special investigative techniques.

<sup>22</sup> P D Cutting, "The Technique of Controlled Delivery as a Weapon in Dealing with Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances." Bull Narc. 35, 4. (1983). 15-22.

ใน มาตรา 2 (i) ซึ่งบัญญัติว่า “การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม นั้นหมายถึง วิธีการอนุญาตให้ของผิดกฎหมายหรือต้องสงสัยผ่านออกไปจาก ผ่าน หรือเข้าไปสู่เขตแดนของรัฐหนึ่งหรือมากกว่ารัฐหนึ่ง โดยการรับรู้และอยู่ภายใต้การติดตามดูแลของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ เพื่อการสืบสวนสอบสวนความผิดและเพื่อระบุตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดนั้น”<sup>23</sup>

### 3.1.2 การปฏิบัติการอำพราง

การปฏิบัติการอำพรางเป็นวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานที่ใช้เจ้าหน้าที่ให้เข้าไปแฝงตัวอยู่ในกลุ่มของผู้กระทำผิด เพื่อรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อปราบปรามการกระทำผิดหรือดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดนั้นต่อไป ในบางกรณีนั้น การปฏิบัติการอำพรางอาจสามารถกระทำได้โดยบุคคลที่มีเชื้อเจ้าหน้าที่ก็ได้ หากแต่การปฏิบัติการนั้นจำเป็นต้องอยู่ภายใต้การติดตามและควบคุมอย่างใกล้ชิดจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ<sup>24</sup> ในกรณีของการปฏิบัติการอำพรางนั้น อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตนั้นมิได้ให้นิยามของการปฏิบัติการอำพรางไว้แต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตาม อาจพิจารณาจากตัวอย่างนิยามของการปฏิบัติการอำพรางภายใต้กฎหมายของประเทศไทยได้ โดยนิยามของการปฏิบัติการอำพรางนั้นอยู่ภายใต้ มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ซึ่งบัญญัติว่า “การปฏิบัติการอำพราง หมายความว่า การดำเนินการทั้งหลายเพื่อปิดบังสถานะหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการโดยลวงผู้อื่นให้เข้าใจไปในทางอื่น หรือเพื่อมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน” โดยการปฏิบัติการอำพรางนั้น อาจสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ การปฏิบัติการอำพรางระยะสั้นและระยะยาว โดยปกติแล้วการปฏิบัติการอำพรางระยะสั้นนั้น จะใช้ในการสืบสวนคดีที่ไม่มีความซับซ้อน โดยวัตถุประสงค์ของการปฏิบัติการอำพรางนั้นก็คือ เนื่องจากในบางคดีนั้นมีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากคดีอาญาทั่วไป การแสวงหาพยานหลักฐานโดยวิธีทั่วไปจึงไม่เพียงพอ จำต้องเข้าไปใกล้ชิดผู้ต้องสงสัยเพื่อหาพยานหลักฐานมาดำเนินคดีได้

### 3.1.3 การสอดแนม

การสอดแนมเป็นวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานโดยการเฝ้าดูผู้ต้องสงสัยหรือบุคคลที่มีการติดต่อสัมพันธ์กับผู้ต้องสงสัย ซึ่งการสอดแนมแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ การสอดแนมแบบใช้เจ้าหน้าที่ติดตามสอดแนมการเคลื่อนไหวหรือกิจกรรมต่าง ๆ ของตัวผู้ถูกสอดแนมและการ

<sup>23</sup> สหประชาชาติ The United Nations Convention against Corruption (adopted 31 October 2003 UNGA Res A/58/422) Article 2.

<sup>24</sup> E Kruisbergen, D de Jong and E Kleemans, “Undercover Policing.” *The British Journal of Criminology* 51, 2 (2011). 394-421.

สอดแนมแบบที่มีการใช้อุปกรณ์ทางอิเล็กทรอนิกส์<sup>25</sup> ซึ่งการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นสามารถกระทำได้ในหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการดักข้อมูลการติดต่อสื่อสารทางระบบโทรศัพท์ ระบบไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ การใช้เครื่องดักเสียง การติดตั้งเครื่องบันทึกเสียง การใช้กล้องบันทึกภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวของผู้ถูกสอดแนม หรือการติดตั้งอุปกรณ์เพื่อติดตามการเคลื่อนไหวของผู้ถูกสอดแนม เป็นต้น<sup>26</sup> ทั้งนี้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตนั้นมิได้ให้นิยามของการสอดแนมไว้แต่อย่างใด แต่ทั้งนี้ อาจพิจารณาตัวอย่างของการสอดแนมภายใต้กฎหมายของประเทศไทยซึ่งถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 17 แห่ง พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ซึ่งบัญญัติถึงการอนุญาตให้มีการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ในรูปแบบของการได้มาซึ่งเอกสารหรือข้อมูลข่าวสาร

### 3.2 ประเทศเนเธอร์แลนด์

ประเทศเนเธอร์แลนด์ได้ลงนามในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 2003 และอนุวัติอนุสัญญานับดังกล่าวในวันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ. 2006<sup>27</sup> โดยข้อมูลจากรายงานขององค์กรสหประชาชาติเรื่องการติดตามพันธกิจของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) แสดงให้เห็นว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแห่งเนเธอร์แลนด์ได้อนุญาตให้มีการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานทุกชนิดตามมาตรา 50 (1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) ในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ นอกเหนือไปจากนี้ พยานหลักฐานที่ได้จากใช้วิธีการพิเศษนั้นยังสามารถใช้ในการดำเนินคดีและรับฟังได้ในชั้นศาลอีกด้วย<sup>28</sup>

#### 3.2.1 การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม

โดยหลักการแล้วสำหรับประเทศที่เป็นสมาชิกสหภาพยุโรป อย่างประเทศเนเธอร์แลนด์นั้น การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นสามารถกระทำได้ตามมาตรา 22 แห่งอนุสัญญาความช่วยเหลือและร่วมมือการบริหารเฉพาะเรื่องระหว่างประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป (Convention on Mutual Assistance And Cooperation Between Customs Administrations

<sup>25</sup> United Nations on Drugs and Crime, **Current Practices in Electronic Surveillance in the Investigation of Serious and Organized Crime** (UNODC 2009).

<sup>26</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>27</sup> United Nations on Drugs and Crime. 2566. "Signature and Ratification Status." [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html> [28 ตุลาคม 2566]

<sup>28</sup> United Nations, Review of implementation of the United Nations Convention against Corruption CAC/COSP/IRG/2014/CRP.7.

of Member States of the European Union) และมาตรา 12 แห่งอนุสัญญาความช่วยเหลือในเรื่องคดีอาญาระหว่างประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป (Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters Between the Member States of the European Union) ภายใต้อนุสัญญาข้างต้น ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องจัดการให้กฎหมายภายในของประเทศตนอนุญาตให้สามารถให้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมเป็นวิธีพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานได้ในคดีที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมข้ามชาติ โดยคดีที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมข้ามชาติในความหมายของอนุสัญญาเหล่านี้ ได้แก่ คดีที่เกี่ยวข้องกับยาและสารเสพติดและคดีอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการขนย้ายเงิน อาวุธและทรัพย์สินผิดกฎหมายอื่นๆ

ในส่วนส่วนตัวกฎหมายภายในของประเทศเนเธอร์แลนด์เองก็ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการให้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมได้ในฐานะวิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐาน ทั้งนี้ ก่อนปฏิบัติการดังกล่าวจะต้องมีการออกหมายให้อำนาจปฏิบัติการโดยพนักงานอัยการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานที่เป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์<sup>29</sup> โดย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126ff บัญญัติว่า

“1. พนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจปฏิบัติการตามหมายตามนิยามในบทที่ Iva ถึง V และ Vb นั้น ต้องใช้อำนาจในการยึดทรัพย์สินตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ทั้งนี้หากการปฏิบัติการตามหมายนั้นทำให้เจ้าพนักงานรู้ข้อมูลเกี่ยวกับแหล่งที่อยู่หรือการครอบครองของทรัพย์สินผิดกฎหมายที่อาจส่งผลกระทบต่ออนามัยสาธารณะหรืออาจมีอันตรายต่อความปลอดภัย อาจมีการชะลอเข้ายึดทรัพย์สินนั้นได้ทั้งนี้การชะลอดังกล่าวจะกระทำต่อเมื่อการกระทำนั้นมีผลประโยชน์ต่อการสืบสวนเท่านั้น”<sup>30</sup>

นอกเหนือจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์แล้ว การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมยังถูกกำกับโดย Infiltration Directive ที่ถูกรับรองโดยที่ประชุมใหญ่อัยการลงวันที่ 20 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1991<sup>31</sup> ซึ่งแยกระหว่างการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมที่เจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นผู้ร่วมสังเกตการณ์และการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมที่เจ้าหน้าที่ตำรวจและกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้นำปฏิบัติการ

---

<sup>29</sup> IMF, Kingdom of Netherlands-Netherlands: Detailed and Assessment of Standards and Codes (IMF 2004).

<sup>30</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126ff.

<sup>31</sup> Richtlijn infiltratie, vastgesteld door de Vergadering van procureurs-generaal van 20 februari 1991.

ทั้งนี้หลักการสำคัญในการปฏิบัติการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมของประเทศเนเธอร์แลนด์นั้นอาศัยสามหลักการใหญ่ ได้แก่ หลักความเป็นสัดส่วน หลักจุดเริ่มต้น และหลักประสิทธิภาพ ซึ่งหมายความว่า การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นจะกระทำได้ต่อเมื่ออาชญากรรมที่คาดว่าจะเกิดขึ้นในอนาคตนั้นจะถูกกระทำโดยองค์กรอาชญากรรมหรือในกรณีที่วิธีการสืบสวนอื่น ๆ นั้นไม่เหมาะสมต่อสภาพอาชญากรรมนั้นๆ<sup>32</sup>

เป็นที่น่าสังเกตว่าการอนุญาตให้ปฏิบัติการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมของประเทศเนเธอร์แลนด์นั้นกระทำภายใต้หลักการว่าด้วยโอกาส (opportunity principle) กล่าวคือ ในกรณีที่มีอาชญากรรมเกิดขึ้น เช่น เมื่อมีการขมขื่นเสพติดเกิดขึ้น พนักงานอัยการนั้นมีดุลยพินิจที่จะอนุญาตปฏิบัติการหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นสามารถนำมาใช้ในการสืบสวนคดีทุจริตในภาครัฐได้เช่นกัน เนื่องจากกฎหมายไม่ได้จำกัดประเภทของคดีที่สามารถการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมไว้ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัตินั้น การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นส่วนใหญ่จะใช้คู่กับการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์หรือการใช้สายข่าว เว้นเสียแต่ว่าในคดีที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินผิดกฎหมายที่การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมจะถูกใช้เป็นวิธีหลักในการสืบสวนวิธีเดียว ซึ่งขั้นตอนตามกฎหมายที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจที่มีความประสงค์จะใช้วิธีการการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมจะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานอัยการก่อนจึงจะดำเนินการได้นั้น ถือว่าเป็นการถ่วงดุลที่ตีระหว่งการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) และกระบวนการนิติธรรม (Due Process) เพื่อให้กระทบต่อสิทธิ เสรีภาพประชาชนให้น้อยที่สุด<sup>33</sup>

### 3.2.2 การปฏิบัติการอำพราง

โดยหลักการแล้วปฏิบัติการอำพรางจะสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายในประเทศเนเธอร์แลนด์ แต่อำนาจในการปฏิบัติการอำพรางนั้นกลับมีให้อำนาจโดยตรงตามบทบัญญัติใด หากแต่เป็นอำนาจโดยอ้อมจากการตีความอำนาจในการสืบสวนสอบสวนคดีอาญาของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ตามมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจเนเธอร์แลนด์ และอำนาจในการสืบสวนคดีอาญาของพนักงานอัยการตามมาตรา 132a แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ ประกอบกับอำนาจของเจ้าหน้าที่พิเศษที่ถูกแต่งตั้งเพื่อสืบสวนคดีตามมาตรา 142<sup>34</sup> และ อำนาจสืบสวนตามมาตรา 126j (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์

<sup>32</sup> C Joubert and H Beaver, *Schengen Investigated: A Comparative Interpretation of the Schengen Provisions on International Police Cooperation in the Light of the European Convention on Human Rights* (Martinus Nijhoff, 1996).

<sup>33</sup> P Gounev, et al, *AMOC Report* (European Commission, 2015).

<sup>34</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 142.

โดยมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจเนเธอร์แลนด์ บัญญัติว่า

“หน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจคือ การใช้อำนาจตามที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องได้ให้อำนาจไว้เพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายและเพื่อเป็นการช่วยเหลือผู้ที่ต้องการความช่วยเหลือ”<sup>35</sup>

และมาตรา 132a แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ บัญญัติว่า

“การตรวจสอบ หมายถึง การสืบสวนคดีอาญาที่กระทำโดยพนักงานอัยการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบการตัดสินใจในการกระทำตามกระบวนการกฎหมายอาญา”<sup>36</sup>

ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติข้างต้นทั้งสองนั้นบัญญัติไว้อย่างกว้างและได้ให้อำนาจพื้นฐานแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจและพนักงานอัยการในการปฏิบัติงานอันเป็นการสืบสวนสอบสวนอาชญากรรม ซึ่งในการนี้ รวมถึงการปฏิบัติการอำพรางเพื่อสืบสวนคดีด้วย

โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์นั้นได้ให้อำนาจการสืบสวนคดีอาญาทั่วไปไว้ตามมาตรา 126j (1) และ (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ ซึ่งบัญญัติว่า

“(1) ในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าจะมีการก่ออาชญากรรมขึ้น พนักงานอัยการสามารถที่จะสั่งให้ผู้บังคับใช้กฎหมายตามความหมายของมาตรา 141(b) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ ปฏิบัติการเก็บข้อมูลเกี่ยวกับผู้ต้องสงสัยได้ โดยไม่ต้องแสดงตนว่าเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย ทั้งนี้การกระทำดังกล่าวสามารถกระทำได้ตราบใดที่การกระทำดังกล่าวนั้นมีประโยชน์ต่อการสืบสวนเท่านั้น

(2) ระยะเวลาการออกหมายเพื่อปฏิบัติการนั้นสามารถออกได้สูงสุดเป็นเวลาสามเดือน และสามารถมีการขยายเวลาได้สูงสุดเป็นเวลาสามเดือนต่อการขยายเวลาหนึ่งครั้ง”<sup>37</sup>

ทั้งนี้การปฏิบัติการอำพรางนั้นจะกระทำต่อเมื่อได้รับหมายอนุญาตให้ปฏิบัติได้แล้วเท่านั้น และอำนาจในการออกหมายดังกล่าวก็เป็นอำนาจของพนักงานอัยการตามความในมาตรา 126j (1) และ (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ ข้างต้น โดย

<sup>35</sup> พระราชบัญญัติตำรวจเนเธอร์แลนด์ มาตรา 2.

<sup>36</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 132a.

<sup>37</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126j.

การพิจารณาอนุญาตให้ปฏิบัติการอำพรางนั้นกระทำโดยพิจารณาตามหลักความเหมาะสม ซึ่งพิจารณาจากความร้ายแรงของอาชญากรรมที่ทำการสืบสวน<sup>38</sup>

จากข้อมูลดังกล่าวข้างต้นอาจสรุปได้ว่า การปฏิบัติการอำพรางเพื่อเข้าสืบสวนหาข้อมูลการกระทำความผิดอาญานั้น สามารถกระทำได้ตามกฎหมายเนเธอร์แลนด์ถึงแม้จะไม่ได้มีบทบัญญัติให้อำนาจไว้โดยตรงและการปฏิบัติการอำพรางจะสามารถกระทำต่อเมื่อได้รับหมายอนุญาตจากพนักงานอัยการเท่านั้น

การศึกษาวิจัยในเชิงประจักษ์ในประสิทธิผลของการปฏิบัติการอำพรางเพื่อเข้าถึงข้อมูลนั้นมีจำกัด แต่อย่างไรก็ดี ในประเทศเนเธอร์แลนด์ มีการทำการศึกษาวิจัยขึ้นในปี ค.ศ. 2004 จำนวน 34 คดี พบว่า มีเพียง 12 คดีเท่านั้นที่การปฏิบัติการอำพรางเพื่อเข้าสืบข้อมูลนั้นมีผลประโยชน์ต่อคดี ส่วนที่เหลืออีก 22 คดีนั้น พบว่าเจ้าหน้าที่ไม่สามารถเข้าถึงผู้ต้องสงสัยหลักได้ ส่งผลให้ไม่ได้ข้อมูลตามที่ต้องการ หรือในกรณีที่สามารถเข้าถึงได้ ก็ไม่ได้หลักฐานเพียงพอต่อการดำเนินคดี<sup>39</sup> อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัตินั้น เนื่องจากมีปัจจัยภายนอกอีกหลายอย่างที่ควบคุมไม่ได้ เพราะฉะนั้นจึงอาจทำให้ผลการศึกษาประสิทธิผลของการปฏิบัติการอำพรางเพื่อเข้าสืบข้อมูลคลาดเคลื่อนหรือไม่ประสบความสำเร็จกว่าความเป็นจริงได้

จากข้อมูลข้างต้นอาจสรุปได้ว่าในส่วนของ การคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ของ ประชาชน ให้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติการอำพรางให้น้อยที่สุดนั้น ประเทศเนเธอร์แลนด์ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องขออนุญาตใช้การปฏิบัติการอำพรางต่อพนักงานอัยการ โดยที่พนักงานอัยการจะอนุญาตให้ใช้ปฏิบัติการดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อผู้ขออนุญาตได้แสดงพยานหลักฐานว่าการกระทำดังกล่าวมีประโยชน์ต่อการสืบสวนเท่านั้น และทำได้แค่ในระยะเวลาที่กำหนดในกฎหมายเท่านั้น ซึ่งการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจจากองค์กรภายนอกอย่างพนักงานอัยการเช่นนี้ย่อมเป็นหลักประกันว่าสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชนจะไม่ถูกกระทบจนเกินสมควรนั่นเอง

### 3.2.3 การสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์และการสอดแนมด้วยวิธีการอื่นๆ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์อนุญาตให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้การสอดแนมไว้สองประเภท ได้แก่ การเข้าสอดแนมแบบเข้าแทรกซึม (covert investigation/

<sup>38</sup> MFH Hirsch Ballin, *Anticipative Criminal Investigation* (Asser Press, 2012).

<sup>39</sup> K de Jong and Kleemans, (เชิงอรรถที่ 24).

infiltration) ในมาตรา 126h<sup>40</sup> โดยเป็นการให้เจ้าหน้าที่เข้าแทรกซึมร่วมกับผู้กระทำผิดกฎหมายที่ต้องสงสัยว่ากำลังจะก่อหรือเตรียมการก่ออาชญากรรมอุกฉกรรจ์ ทั้งนี้เจ้าหน้าที่สามารถเข้าไปในพื้นที่ส่วนบุคคลได้หากอาชญากรรมอุกฉกรรจ์เป็นการขัดต่อกฎหมายอย่างร้ายแรงตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 67(1)<sup>41</sup> และการสอดแนมแบบสะกดรอยตาม (Systematic Surveillance) ในมาตรา 126g<sup>42</sup> โดยเป็นการให้เจ้าหน้าที่สอดแนมผู้ต้องสงสัยโดยสะกดรอยตามหรือฝ้าดูพฤติกรรมและการเคลื่อนไหวของผู้ต้องสงสัยกรณีที่ต้องสงสัยว่าจะก่ออาชญากรรมอุกฉกรรจ์ ทั้งนี้อำนาจเหล่านี้รวมถึงกรณีที่เจ้าพนักงานสืบสวนเข้าสืบข้อมูลอย่างใกล้ชิดจากผู้ต้องสงสัยโดยที่ไม่ได้ระบุตัวตนว่าเป็นเจ้าหน้าที่สืบสวนอีกด้วย

การสอดแนมดังกล่าวข้างต้นจะกระทำได้โดยหมายเท่านั้น และผู้มีอำนาจออกหมายดังกล่าวคือพนักงานอัยการ กรณีที่พิจารณาแล้วว่าการสอดแนมนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการสืบสวน<sup>43</sup> อย่างไรก็ตามก็มีข้อยกเว้นว่าหากเป็นกรณีจำเป็นเร่งด่วน การอนุญาตสามารถกระทำได้ด้วยวาจา แต่ต้องมีการออกหมายภายในสามวันนับจากมีการอนุญาต<sup>44</sup>

ในส่วนของ การแทรกซึมนั้นจะสามารถกระทำได้โดยหมายเท่านั้น โดยผู้มีอำนาจออกหมายคือพนักงานอัยการ และจะออกหมายในกรณีที่การแทรกซึมนั้นจำเป็นอย่างยิ่งต่อการสืบสวนคดี<sup>45</sup>

นอกเหนือไปจากนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ยังได้ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ในการใช้ความช่วยเหลือจากประชาชน ('assistance by civilians') ในการเข้าสืบสวนหาข้อมูลอีกด้วย ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็นสองกรณี กรณีแรกคือการใช้ประชาชนช่วยเหลือในการให้ข้อมูลการเคลื่อนไหวของผู้ต้องสงสัยเป็นลายลักษณ์อักษร<sup>46</sup> และกรณีที่สองคือการใช้ประชาชนเป็นสายลับในการล่อซื้อบริการหรือสินค้าจากผู้ต้องสงสัย(pseudo purchase/services)<sup>47</sup>

<sup>40</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126h.

<sup>41</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126h.

<sup>42</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126g.

<sup>43</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126g.

<sup>44</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126g.

<sup>45</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126h.

<sup>46</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126v.

<sup>47</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126j.

ในส่วนของการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นหนึ่งในอำนาจสืบสวนพิเศษในภาคที่ IVA บทที่ 7 เรื่องการสืบสวนการติดต่อสื่อสารทางช่องทางต่างๆหรือระบบคอมพิวเตอร์ นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจยังมีอำนาจพิเศษในการบันทึกข้อมูลติดต่อสื่อสารที่เป็นความลับอีกด้วย อย่างไรก็ตาม อำนาจในการบันทึกดังกล่าวไม่รวมถึงข้อมูลติดต่อสื่อสารที่ได้มาจากวิธีการธรรมดาที่ไม่ได้ใช้เทคนิคพิเศษในการได้มาซึ่งข้อมูลนั้น เช่น เสียงจากการสนทนาในร้านอาหารหรือที่สาธารณะ นอกจากนี้การบันทึกข้อมูลการสนทนาที่เป็นความลับในบริเวณที่พักส่วนตัวนั้นจะสามารถกระทำได้อย่างเต็มที่เท่าที่จำกัดเท่านั้น กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีการสืบสวนคดีที่มีอัตราโทษจำคุกแปดปีขึ้นไปเท่านั้นและศาลผู้มีอำนาจได้ให้อนุญาตแล้วเท่านั้น<sup>48</sup>

การสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายเนเธอร์แลนด์นั้นสามารถแบ่งออกได้เป็นสองประเภท ได้แก่ การสอดแนมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ที่เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการสืบสวนคดีอาชญากรรมและการสอดแนมที่เป็นอำนาจของหน่วยงานข่าวกรอง<sup>49</sup>

การสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้รับอนุญาตให้กระทำได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์นั้น ได้แก่ การดักข้อมูลสื่อสารส่วนตัวโดยใช้เครื่องมือช่วยตามมาตรา 126l and 126s การดักฟังโทรศัพท์และการดักข้อมูลสื่อสารที่กระทำทางอิเล็กทรอนิกส์ 126la-126nb และ 126t-126ub การเข้าถึงข้อมูลระบุตัวตนที่เก็บไว้ ตามมาตรา 126nc และ 126uc การเข้าถึงข้อมูลอื่นที่ไม่ใช่ข้อมูลระบุตัวตน ตามมาตรา 126nd และ 126ud การจัดเก็บข้อมูลที่ได้มาจากการสืบสวนโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 126ne และ 126ue การจัดเก็บข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลศาสนา เชื้อชาติ ความคิดเห็นทางการเมือง สุขภาพ สมาชิกองค์กรแรงงาน ตามมาตรา 126nf และ 126uf และข้อมูลที่ขอได้มาจากผู้ให้บริการระบบอินเทอร์เน็ต ตามมาตรา 126ng และ 126ug ซึ่งการกระทำเหล่านี้รวมถึงการติดตั้งข้อมูลไว้ที่คอมพิวเตอร์ส่วนตัวเพื่อเข้าถึงข้อความที่ส่งจากคอมพิวเตอร์ก่อนที่ข้อความจะถูกส่งออกไปทางระบบอินเทอร์เน็ตหรือการเข้ารหัสและการสแกนข้อมูล (การใช้เครื่องรับเสียงในการดักข้อมูลสื่อสารทางโทรศัพท์เคลื่อนที่) ด้วย<sup>50</sup> โดยส่วนใหญ่แล้วการขอใช้วิธีการพิเศษเหล่านี้ต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานอัยการหรือศาลก่อน

<sup>48</sup> Ballin, (เชิงอรรถที่ 38).

<sup>49</sup> P Gounev, et al. (เชิงอรรถที่ 33).

<sup>50</sup> T Kooijmans and P. Mevis, "ICT IN THE CONTEXT OF CRIMINAL PROCEDURE: THE NETHERLAND."

ทั้งนี้เงื่อนไขที่สำคัญที่จะต้องพิจารณาว่าสามารถใช้การสอดแนมเพื่อการสืบสวนได้หรือไม่นั้นคือการที่อาชญากรรมที่ทำการสืบสวนนั้น เป็นอาชญากรรมอุกฉกรรจ์ตามนิยามของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์หรือไม่ ทั้งนี้นิยามของอาชญากรรม อุกฉกรรจ์บัญญัติอยู่ในมาตรา 67(1) ซึ่งหมายถึง “a. ความผิดอุกฉกรรจ์ที่มีอัตราโทษจำคุกขั้นต่ำสี่ปี b. ความผิดอุกฉกรรจ์ที่ระบุไว้ในมาตรา 132, 138a, 138ab, 138b, 139c, 139d(1) and (2), 141a, 161sexies (1)(1°) and (2), 137c (2), 137d(2), 137e(2), 137g(2), 184a, 254a, 248d, 248e, 285(1), 285b, 300(1), 321, 323a, 326c(2), 350, 350a, 351, 395, 417bis and 420quater แห่งประมวลอาญาเนเธอร์แลนด์ c. ความผิดอุกฉกรรจ์ตามมาตรา 122(1) แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพและสวัสดิภาพสัตว์ มาตรา 175(2)(b) หรือ (3) รวมถึง (1)(b) แห่งพระราชบัญญัติจราจรทางบก 1994 มาตรา 30(2) แห่งพระราชบัญญัติอำนาจสาธารณสุขพิเศษ มาตรา 52, 53(1) และ 54 แห่งพระราชบัญญัติการโต้แย้งการเกณฑ์ทหาร มาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติการพนันขั้นต่อ มาตรา 11(2) แห่งพระราชบัญญัติฝิ่น มาตรา 55(2) แห่งพระราชบัญญัติอาวุธและกระสุน มาตรา 5:56, 5:57 และ 5:58 แห่งพระราชบัญญัติการควบคุมการเงิน มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติคำสั่งห้ามเข้าสถานที่ชั่วคราว”<sup>51</sup>

ดังนั้นจึงหมายความว่าคดีที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตของภาครัฐธรรมดา เช่น การเสนอให้หรือให้สินบนพนักงานราชการ<sup>52</sup> หรือตรงกันข้าม การที่พนักงานราชการรับสินบน<sup>53</sup> เพียงอย่างเดียวนั้นไม่เป็นเหตุที่จะสามารถขออนุญาตให้ใช้การสอดแนมได้ เนื่องจากคดีประเภทนี้มีใช้อาชญากรรมอุกฉกรรจ์ตามนิยามของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ ในแง่ นี้ การขออนุญาตใช้การสอดแนมนั้นจะสามารถกระทำได้ก็ต่อเมื่อ คดีทุจริตนั้นมีความเกี่ยวข้องกับคดีอาชญากรรมอุกฉกรรจ์ฐานใดฐานหนึ่งตามนิยามเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานเป็นภัยต่อความมั่นคงสาธารณะ ตามประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์มาตรา 132 ความผิดฐานเข้าถึงระบบหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์มาตรา 138ab หรือความผิดฐานดักข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลการสื่อสารทางโทรศัพท์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์มาตรา 139c

ทั้งนี้การสอดแนมจะสามารถกระทำได้โดยการออกหมายเท่านั้น ซึ่งอำนาจในการออกหมายนั้นเป็นของศาลโดยผ่านทางคำขอของพนักงานอัยการทั้งนี้การสอดแนมนั้นสามารถใช้

<sup>51</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 67(1).

<sup>52</sup> ประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 177.

<sup>53</sup> ประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 362.

สืบสวนได้ทั้งคดีที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วและรวมถึงคดีที่อยู่ในระหว่างการพยายามหรือเตรียมการกระทำความผิดด้วย<sup>54</sup>

### 3.3 สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์)

สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) ลงนามในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2003 และอนุวัติอนุสัญญาในวันที่ 9 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2006<sup>55</sup> จากรายงานการประเมินตนเองในเรื่องพันธกิจตามอนุสัญญานั้น พบว่ากฎหมายภายในประเทศรองรับวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50 (1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตและวิธีการพิเศษดังกล่าวก็ถูกนำมาใช้ในทางปฏิบัติเพื่อปราบปรามการทุจริตในภาครัฐอีกด้วย<sup>56</sup> นอกเหนือไปจากนี้ องค์กรพิเศษในประเทศ เช่น National Crime Agency (NCA) หรือ Serious Fraud Office (SFO) ยังมีภารกิจที่ทำการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐโดยเฉพาะอีกด้วย<sup>57</sup>

#### 3.3.1 การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม

กฎหมายภายในของอังกฤษและเวลส์ ไม่มีตัวบทกฎหมายใดที่ให้อำนาจปฏิบัติการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมไว้เป็นพิเศษ ในทางปฏิบัติ การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมส่วนใหญ่กระทำโดยอาศัยความร่วมมือระหว่างหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายด้วยกันเอง เช่น หน่วยการคลังและศุลกากร (HM Revenue and Customs หรือ HMRC) หน่วยอาชญากรรมอุกฉกรรจ์ (Serious Organised Crime Agency หรือ SOCA ที่ถูกแทนที่โดย National Crime Agency หรือ NCA ในปีค.ศ. 2013) และสมาพันธ์หัวหน้าตำรวจ (the Association of Chief Police Officers หรือ ACPO ที่ถูกแทนที่โดย National Police Chiefs' Council หรือ NPCC ในปี ค.ศ. 2015)<sup>58</sup> ทั้งนี้

<sup>54</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126m.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 126n.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนเธอร์แลนด์ Article 126nb.

<sup>55</sup> United Nations on Drugs and Crime. 2566. "Signature and Ratification Status." [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html> [28 ตุลาคม 2566]

<sup>56</sup> United Nations, **Self-Assessment for United Nations Convention against Corruption – Chapters III and IV United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland** (United Nations, 2011).

<sup>57</sup> National Crime Agency. 2557. "Bribery, Corruption and Sanctions Evasion." [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.Nationalcrimeagency.Gov.Uk/What-we-do/Crime-threats/Bribery-corruption-and-sanctions-evasion>. [1 กันยายน 2566]

<sup>58</sup> L Campbell, **Organised Crime and the Law A Comparative Analysis** (Hart Publishing 2010).

การเคลื่อนที่ภายใต้การควบคุมนั้นมิได้ถูกจำกัดให้สามารถใช้ได้เฉพาะคดีเกี่ยวกับยาเสพติดเท่านั้น แต่ยังรวมถึงคดีที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินผิดกฎหมายอีกด้วย<sup>59</sup> ในอดีต SOCA เคยใช้การเคลื่อนที่ภายใต้การควบคุมเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในคดีที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมองค์กรเช่นกัน และ NCA ที่เป็นหน่วยงานที่มารับช่วงต่อนั้นก็เข้าสืบคดีต่อจาก SOCA ตั้งแต่ เดือนตุลาคม ค.ศ. 2013<sup>60</sup>

ทั้งนี้เนื่องจากมิได้มีกฎหมายกลางกำหนดกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมการอนุญาตการปฏิบัติการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นจึงยึดตามแนวปฏิบัติของแต่ละหน่วยงานต้นสังกัด ซึ่งโดยปกติแล้วนั้นเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายจะต้องนำเสนอหลักฐานและเหตุผลในการนำเสนอความจำเป็นและชอบธรรมในการขออนุญาตปฏิบัติการ เช่น การนำเสนอข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับผู้ต้องสงสัย เช่น ชื่อ นามสกุล วันเดือนปีเกิด ภูมิลำเนา สัญชาติ รูปลักษณ์ เป็นต้น การนำเสนอข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับการปฏิบัติการ เช่น มีเจ้าหน้าที่ผู้ใดร่วมปฏิบัติการบ้าง มีการปฏิบัติการร่วมกับหน่วยงานใดหรือไม่ หรือจะขออนุญาตใช้วิธีการพิเศษใดๆ บ้าง และข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับทรัพย์สินผิดกฎหมายเป็นวัตถุแห่งการปฏิบัติการ เช่น ชนิด จำนวน และปลายทางขนส่ง<sup>61</sup> และเนื่องจากไม่ได้มีการกำหนดถึงชนิดของคดีที่สามารถขออนุญาตให้ใช้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมไว้อย่างตายตัว ดังนั้นจึงหมายความว่า หากพนักงานเจ้าหน้าที่สามารถนำเสนอหลักฐานและเหตุผลที่เพียงพอต่อผู้บังคับบัญชาปฏิบัติการของตนหรือของหน่วยงานต้นสังกัดแล้วนั้น การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมก็สามารถนำมาใช้เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาครัฐได้เช่นกัน

กล่าวโดยสรุป สหราชอาณาจักร(อังกฤษและเวลส์)อนุญาตให้สามารถใช้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมได้เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในคดีการทุจริตของรัฐ เนื่องจากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างตายตัวเคร่งครัด จึงสามารถใช้ได้แบบค่อนข้างอิสระ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับแนวปฏิบัติและดุลยพินิจของหน่วยงานต้นสังกัดว่าเห็นสมควรอนุญาตให้ใช้หรือไม่ การตรวจสอบถึงผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชน จึงขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของผู้บังคับบัญชาในหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายนั้นๆ อย่างไรก็ตามสหราชอาณาจักรเป็นอีกหนึ่งประเทศที่มีการคำนึงถึงสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชน เป็นอย่างมาก ดังนั้นศาลยุติธรรมจะทำหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐอย่างเข้มข้นในชั้นพิจารณาคดีอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งหากการมีการใช้เทคนิคดังกล่าว

<sup>59</sup> IGNACIO MIGUEL DE LUCAS MARTÍN and Cristian-Eduard ŞTEFAN. 2540. “ TRANSNATIONAL CONTROLLED DELIVERIES IN DRUG TRAFFICKING INVESTIGATIONS Manual.” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: [https://www.mpublic.ro/sites/default/files/PDF/manual\\_en\\_ump\\_ce\\_13.pdf](https://www.mpublic.ro/sites/default/files/PDF/manual_en_ump_ce_13.pdf) [28 ตุลาคม 2566]

<sup>60</sup> The Secretary of State for the Home Department, **Serious and Organised Crime Strategy** (The Stationery Office Limited, 2013).

<sup>61</sup> IGNACIO MIGUEL DE LUCAS MARTÍN and Cristian-Eduard ŞTEFAN (เชิงอรรถที่ 59).

อย่างไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การกระทำนั้นย่อมส่งผลถึงความชอบด้วยกฎหมายของพยานหลักฐานที่ได้มาจากการใช้วิธีการดังกล่าวได้ และเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจโดยมิชอบก็อาจโดนดำเนินการทั้งทางวินัย และทางอาญาในภายหลังอีกด้วย

### 3.3.2 การปฏิบัติการอำพราง

การปฏิบัติการอำพรางนั้นสามารถกระทำได้ภายใต้กฎหมายอังกฤษและเวลส์ โดยกฎหมายที่ให้อำนาจปฏิบัติการได้แก่ มาตรา 26(8) แห่งพระราชบัญญัติกฎหมายอำนาจสืบสวน (Regulation of Investigatory Powers Act หรือ RIPA 2000) โดยปฏิบัติการอำพรางที่ได้รับอนุญาตภายใต้ RIPA 2000 มีทั้งสิ้นสองประเภทได้แก่ การใช้เจ้าหน้าที่อำพรางตัว (covert human intelligence sources หรือ CHIS) การใช้สายสืบ (informers) ทั้งนี้ การใช้เจ้าหน้าที่อำพรางตัว หรือ ‘CHIS’ นั้นรวมถึงการใช้ทั้งเจ้าหน้าที่ตำรวจและเจ้าพนักงานอื่นๆในการเข้าไปติดต่อสัมพันธ์กับบุคคลต้องสงสัยเพื่อสืบข้อมูลส่วนตัวหรือเพื่อเข้าถึงข้อมูลที่ส่งต่อไปยังผู้อื่นด้วย<sup>62</sup>

การปฏิบัติการอำพรางนั้นต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่อาวุโสของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น เจ้าหน้าที่อาวุโสใน SOCA เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้กำกับขึ้นไป (police superintendent) หรือเจ้าหน้าที่ตำแหน่งเทียบเท่าผู้กำกับในกรมสรรพากรและศุลกากร (superintendent in HMRC)<sup>63</sup> โดยการอนุญาตนั้นจะพิจารณาถึงความได้สัดส่วน ความเหมาะสม เฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของความมั่นคงของชาติ การป้องกันหรือสกัดอาชญากรรมหรือรักษาความสงบสาธารณะ ผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับสวัสดิภาพทางเศรษฐกิจของสหราชอาณาจักร ผลประโยชน์สาธารณะ การปกป้องอนามัยสาธารณะ การประเมินหรือจัดเก็บภาษีทุกประเภทหรือรายได้ของหน่วยงานรัฐ หรือเหตุอื่นตามที่ได้ระบุไว้โดยรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทย (Secretary of State)

การปฏิบัติการอำพราง (CHIS) นั้นจำเป็นต้องมีเจ้าหน้าที่ประจำสำนักงานที่มีตำแหน่งหรือยศที่มีอำนาจสืบสวนเสมอ ซึ่งบุคคลดังกล่าวต้องมีอำนาจที่จะรับผิดชอบภารกิจรายวันของเจ้าหน้าที่ปฏิบัติการอำพรางในนามของหน่วยงานต้นสังกัดของเจ้าหน้าที่ปฏิบัติการอำพรางนั้นๆ และยังต้องมีอำนาจรับผิดชอบในสวัสดิภาพและความปลอดภัยของเจ้าหน้าที่ปฏิบัติการอำพรางอีกด้วย นอกจากนี้ปฏิบัติการอำพรางยังต้องมีเจ้าหน้าที่อีกคนภายในองค์กรที่รับผิดชอบปฏิบัติการอำพรางนั้นๆอยู่ด้วยเสมอเพื่อรับผิดชอบดูแลจัดการเรื่องทั่วไปเกี่ยวกับปฏิบัติการอำพรางนั้นๆ<sup>64</sup>

<sup>62</sup> Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s26 (8).

<sup>63</sup> Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s29 (8).

<sup>64</sup> Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s29 (5).

โดยทั้งนี้ข้อมูลที่ได้มาหรือถูกเปิดเผยจากผลการปฏิบัติการอำพราง (CHIS) นั้นสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีในชั้นศาลได้ และยังสามารถใช้ในวัตถุประสงค์ของการสืบราชการลับได้อีกด้วย

จะเห็นได้ว่า เนื่องจากสาเหตุในการขออนุญาตปฏิบัติการอำพรางนั้นค่อนข้างกว้าง ดังนั้นหากมีกรณีจำเป็นที่จะทำการปฏิบัติการอำพรางเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในคดีการทุจริตในภาครัฐนั้นย่อมสามารถกระทำได้

โดยสรุปการใช้ปฏิบัติการอำพรางเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานนั้นสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายในประเทศอังกฤษและเวลส์และสามารถใช้ในงานสืบสวนคดีการทุจริตในภาครัฐได้เช่นกัน นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตที่ว่าเนื่องจากการขออนุญาตการปฏิบัติการนั้นอาศัยเพียงการอนุญาตจากเจ้าหน้าที่อาวุโสของหน่วยงานต้นสังกัดที่รับผิดชอบปฏิบัติการ ดังนั้นในทางปฏิบัติการใช้ปฏิบัติการอำพรางจึงสามารถกระทำได้โดยไม่ยุ่งยาก และเช่นเดียวกับการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม การตรวจสอบถึงผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชน แม้จะอยู่กับดุลยพินิจของผู้บังคับบัญชาในหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายนั้นๆตามที่กฎหมายกำหนด แต่ในขั้นตอนการดำเนินคดีในชั้นศาล ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมจะทำหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐอย่างเข้มข้นอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งหากการมีการใช้เทคนิคดังกล่าวอย่างไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การกระทำนั้นย่อมส่งผลถึงความชอบด้วยกฎหมายของพยานหลักฐานที่ได้มาจากการใช้วิธีการดังกล่าวได้ และเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจโดยมิชอบก็อาจโดนดำเนินการทั้งทางวินัย และทางอาญาในภายหลังอีกดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

### 3.3.3 การสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์และการสอดแนมด้วยวิธีการอื่นๆ

กฎหมายหลักที่เกี่ยวข้องกับการสอดแนมของประเทศอังกฤษและเวลส์นั้นมีสองฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจสืบสวน (Regulation of Investigatory Powers Act หรือ RIPA 2000) และ พระราชบัญญัติอำนาจการสืบสวน (Investigatory Powers Act หรือ IPA 2016)

โดยประเภทของการสอดแนมที่สามารถกระทำได้ภายใต้ RIPA 2000 คือการตามเฝ้าดู (covert surveillance) ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็นสองประเภทได้แก่ การเฝ้าดูโดยตรง (directed surveillance) และการเฝ้าดูแบบรุกล้ำ (intrusive surveillance) โดยการเฝ้าดูโดยตรงนั้นใช้ในการเก็บข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลในที่สาธารณะ<sup>65</sup> โดยการเฝ้าดูบุคคลที่เป็นผู้ต้องสงสัยเพราะมี

<sup>65</sup> Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s26 (2).

พฤติกรรมที่ต้องสงสัยว่าเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมหรือต้องสงสัยว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากรคนอื่น ซึ่งการเฝ้าดูประเภทนี้อาจรวมถึงการเฝ้าดูที่พักอาศัย สถานที่ทำงานหรือการตามเฝ้าดูเมื่อบุคคลต้องสงสัยกระทำกิจกรรมต่างๆในชีวิตประจำวัน<sup>66</sup> ตรงกันข้าม การเฝ้าดูแบบรुकล่านั้นคือการเฝ้าดูที่มีการลวงล้าเข้าไปในสถานที่พักอาศัยหรือยานพาหนะส่วนบุคคลซึ่งอาจกระทำโดยใช้หรือไม่ใช้อุปกรณ์สอดแนมก็ได้<sup>67</sup> ซึ่งโดยทั่วไปเจ้าหน้าที่ปฏิบัติการนั้นจะเข้าไปสถานที่พักอาศัยหรือยานพาหนะส่วนบุคคลเพื่อติดตั้งอุปกรณ์สอดแนมหรือให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติการสอดแนมเข้าไปสอดแนมผู้ต้องสงสัย ซึ่งการสอดแนมด้วยวิธีดังกล่าวนี้สามารถช่วยให้เจ้าหน้าที่นั้นสามารถได้ยินหรือสังเกตข้อมูลลับที่จะสามารถนำมาใช้ดำเนินคดีกับผู้ต้องสงสัยได้นั้นเอง<sup>68</sup>

ทั้งนี้การอนุญาตให้ปฏิบัติการสอดแนมโดยตรงนั้นจะกระทำได้เมื่อจำเป็นหรือโดยอาศัยเหตุผลตาม มาตรา 28 (3) เท่านั้น ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนกับผลที่จะตามมาอีกด้วย<sup>69</sup> โดยมาตรา 28 (3) นั้นให้เหตุผลหลายประการในการขออนุญาต ซึ่งรวมถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องผลประโยชน์ความมั่นคงแห่งชาติ เรื่องที่เกี่ยวข้องผลประโยชน์ในการป้องกันหรือดักจับการก่ออาชญากรรมอุกฉกรรจ์ เรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของสหราชอาณาจักร เรื่องที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยสาธารณะ เรื่องที่เกี่ยวข้องกับอนามัยสาธารณะ เรื่องที่เกี่ยวข้องกับการประเมินภาษี หรือเหตุอื่น ๆ ตามที่รัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทยกำหนด<sup>70</sup> โดยผู้มีอำนาจในการอนุญาตนั้นคือเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 30<sup>71</sup> ส่วนการขออนุญาตปฏิบัติการสอดแนมแบบรुकลานั้นจำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทย (Secretary of State) และเจ้าหน้าที่อาวุโส ตามมาตรา 32 (6)<sup>72</sup> ซึ่งตัวอย่างเจ้าหน้าที่อาวุโสตามความของมาตรา 32 (6) เช่น หัวหน้าองค์กร SOCA ผู้บังคับบัญชาการตำรวจนครบาลหรือรองผู้บังคับบัญชาตำรวจนครบาล (Commissioner and Assistant Commissioners of Police of the Metropolis) หรือเจ้าหน้าที่อาวุโสที่ได้รับมอบอำนาจใน HMRC (designated senior officer in HMRC)<sup>73</sup> โดยเจ้าหน้าที่อาวุโสนั้นจะอนุญาตให้มีการสอดแนมแบบรुकล้าก็ต่อเมื่อพิจารณาแล้วว่าจะมีความได้สัดส่วน

<sup>66</sup> Campbell, (เชิงอรรถที่ 58) หน้า 79.

<sup>67</sup> Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s 26 (3).

<sup>68</sup> Campbell, (เชิงอรรถที่ 58) หน้า 77.

<sup>69</sup> Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s 28 (2).

<sup>70</sup> Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s 28 (3).

<sup>71</sup> Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s 30.

<sup>72</sup> Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s 32 (1).

<sup>73</sup> Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s 32 (6).

และมีความจำเป็น<sup>74</sup> ที่เกี่ยวข้องกัผลประโยชน์ความมั่นคงแห่งชาติ เรื่องที่เกี่ยวข้องกัผลประโยชน์ ในการป้องกันหรือปราบปรามการก่ออาชญากรรมอุกฉกรรจ์ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกัผลประโยชน์ ทางเศรษฐกิจของสหราชอาณาจักร<sup>75</sup>

ในส่วนการสอดแนมที่สามารถกระทำใ้ภายใต้ IPA 2016 คือการสอดแนมทาง อิเล็กทรอนิกส์ เช่น การเลือกดั้ข้อมูลการสื่อสาร การเก็บข้อมูลสืบสารแบบหมู่ หรือการดั้ข้อมูล สื่อสารแบบหมู่ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารที่ผู้ต้องสงสัยกระทำผ่านเทคโนโลยีดิจิทัล<sup>76</sup>

ในกรณีการขออนุญาตการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นจะต้องได้รับหมายอนุญาต การสอดแนมจากรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทย (Secretary of State) และก่อนออกหมายใ้ได้นั้น จะต้องได้รับอนุญาตและตรวจทานจากคณะกรรมการตุลาการ (Judicial Commissioner) ก่อนที่จะ สามารถปฏิบัติการตามหมายใ้ได้ ซึ่งการอนุญาตทั้งสองชั้นตอนนี้ เรียกว่า กระบวนการการขออนุญาต แบบล๊อคสองชั้น ('double-lock' authorisation) เพื่อเป็นหลักประกันว่าการอนุญาตปฏิบัติการ สอดแนมนั้นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและมีเหตุอันสมควร<sup>77</sup> ทั้งนี้ผู้มีอำนาจในการขออนุญาต ออกหมายนั้นต้องเป็นผู้บังคับบัญชาของหน่วยงานที่จะขออนุญาตการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น ผู้บังคับการหน่วย National Crime Agency (Director General of the National Crime Agency)<sup>78</sup> หรือ ผู้บังคับการตำรวจ (Commissioner of Police of the Metropolis)<sup>79</sup>

โดยเกณฑ์การพิจารณาการอนุญาตออกหมายใ้ได้นั้นจะกระทำใ้ได้โดยต้องเป็นเหตุสำคัญ บางประการ (limited purposes) เท่านั้น ซึ่งได้แก่ เรื่องที่เกี่ยวข้องกัผลประโยชน์ความมั่นคงแห่งชาติ เรื่องที่เกี่ยวข้องกัผลประโยชน์ในการป้องกันหรือดั้กัจับการก่ออาชญากรรมอุกฉกรรจ์ หรือเรื่อง ที่เกี่ยวข้องกัผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของสหราชอาณาจักร<sup>80</sup> ทั้งนี้หลักฐานที่ใ้ได้มาจาก ปฏิบัติการนั้นจะสามารถใ้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีในชั้นศาลได้เฉพาะกรณีใ้ค้ำนึ่งแล้ว

<sup>74</sup> Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s 32 (2).

<sup>75</sup> Regulation of Investigatory Powers Act 2000 s 32 (3).

<sup>76</sup> Home Office. 'Investigatory Powers Act 2016 Consultation: Codes of Practice' [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <http://www.gov.uk/government/collections/investigatory-powers-bill>. [2017] [28 ตุลาคม 2566]

<sup>77</sup> Investigatory Power Commissioner's Office. 2566. 'the double-lock [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.ipco.org.uk/what-we-do/the-double-lock/> [28 ตุลาคม 2566]

<sup>78</sup> หน่วยงานของประเทศไทยที่สามารถเทียบเคียงกับ National Crime Agency หรือ NCA ได้นั้นคือ กรมสืบสวนคดีพิเศษ หรือ DSI.

<sup>79</sup> Investigatory Powers Act 2016 s 18.

<sup>80</sup> Investigatory Powers Act 2016 s 20.

ว่าการปฏิบัติการณ์นั้นมีความเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ความมั่นคงของชาติ กล่าวคือเป็นต้องการปฏิบัติการณ์โดยชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง

ทั้งนี้ถึงแม้ตัวกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้เองนั้นจะไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าการสอดแนมนั้นสามารถใช้ในการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาครัฐได้หรือไม่ แต่เนื่องจากไม่ได้มีการห้ามไว้อย่างชัดเจน จึงขึ้นอยู่กับดุลยพินิจการตีความ ดังนั้นหากว่าหากคดีทุจริตในภาครัฐนั้นเกี่ยวข้องกับเหตุผลบางประการที่ได้รับระบุไว้ใน RIPA 2000 และ IPA 2016 เช่น คดีทุจริตในภาครัฐนั้นมีความเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของ สหราชอาณาจักร เช่นนี้แล้วการขออนุญาตสอดแนมเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการดำเนินคดีดังกล่าวย่อมสามารถกระทำได้

### 3.4 สหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาลงนามในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) เมื่อวันที่ 9 กันยายน ค.ศ. 2003 และอนุวัติอนุสัญญาในวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 2006<sup>81</sup> จากรายงานการประเมินตนเองในเรื่องพันธกิจตามอนุสัญญานั้น พบว่ากฎหมายกลางของประเทศนั้นรองรับวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50 (1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตและวิธีการพิเศษดังกล่าวก็ถูกนำมาใช้ในทางปฏิบัติโดย Department of Justice (DOJ) เพื่อปราบปรามการทุจริตในภาครัฐอีกด้วย<sup>82</sup> นอกเหนือไปจากนี้ หน่วยงานกลางในประเทศ เช่น สำนักงานสืบสวนสอบสวนของรัฐบาลกลาง หรือ Federal Bureau of Investigation (FBI) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ กระทรวงยุติธรรม Department of Justice (DOJ) ยังมีพันธกิจหลักในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐอีกด้วย<sup>83</sup>

#### 3.4.1 การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม

ในสหรัฐอเมริการการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากถูกตีความว่าไม่ใช่การกระทำที่ถือว่าเป็นการดักข้อมูล<sup>84</sup> ซึ่งถึงแม้กฎหมายจะอนุญาตให้สามารถใช้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมได้ในฐานะวิธีพิเศษเพื่อการแสวงหาพยาน

<sup>81</sup> United Nations on Drugs and Crime. 2566. “Signature and Ratification Status” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html> [1 กันยายน 2566]

<sup>82</sup> United Nations, *Review of implementation of the United Nations Convention against Corruption*, CAC/COSP/IRG/I/1/1/Add.6

<sup>83</sup> FBI. 2562. “Public corruption” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.fbi.gov/investigate/public-corruption> [1 กันยายน 2566]

<sup>84</sup> G Ferguson, *Global Corruption: Law, Theory and Practice Legal Regulation of Global Corruption under International Conventions, US, UK and Canadian Law* (University of Victoria, 2018).

หลักฐาน การอนุญาตกลับไม่ได้กระทำโดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย หากแต่อาศัยอำนาจตามกฎหมายคอมมอนลอว์ (case law)<sup>85</sup> ซึ่งศาลได้พิพากษาว่าการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นไม่เป็นการขัดต่อบทแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่และ Rule 41 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสหพันธรัฐ<sup>86</sup> ดังนั้นการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมจึงชอบด้วยกฎหมายและเป็นวิธีการหนึ่งที่ถูกใช้โดยหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายในการสืบสวนคดี<sup>87</sup>

คดีล่าสุดที่เกี่ยวข้องกับการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นคือคดีที่ถูกตัดสินโดยศาลสูงสุดรัฐบาลกลาง (U.S. Supreme Court) ในคดีชื่อว่า *United States v. Grubbs*<sup>88</sup> ซึ่งศาลได้พิพากษาว่าการดำเนินคดีต่อจำเลยโดยอาศัยพยานหลักฐานที่ได้มาจากการปฏิบัติการเคลื่อนย้ายยาเสพติดภายใต้การควบคุมซึ่งกระทำโดยอาศัยอำนาจตามหมายค้นนั้นชอบด้วยกฎหมายตามบทแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่

การปฏิบัติการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นต้องได้รับอนุญาตโดยหมายศาลเท่านั้น ซึ่งการขอหมายศาลนั้นจะกระทำภายใต้หลักการประเมินว่า ปฏิบัติการดังกล่าวเป็นการชอบธรรมตามบทแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่หรือไม่ ('reasonableness Fourth Amendment approach' test) ซึ่งการประเมินนั้นจะกระทำโดยพิจารณาจากรูปคดีและความเหมาะสมในการสมควรให้ใช้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม กล่าวคือ สามารถใช้วิธีการอื่นในการแสวงหาพยานหลักฐานแทนได้หรือไม่ หรือมีความจำเป็น/ประโยชน์ที่ควรอนุญาตให้ใช้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าสามารถใช้วิธีการอื่นเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานได้ก็ตาม ก็ไม่ได้หมายความว่าไม่สามารถอนุญาตออกหมายให้ใช้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมไม่ได้<sup>89</sup> ทั้งนี้การประเมินนั้นขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาล นอกเหนือไปจากนี้แล้วศาลสูงสุดรัฐบาลกลางยังได้ตีความเป็นคุณว่า บทแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่นั้นอนุญาตให้สามารถกระทำการค้นและยึดทรัพย์ได้ในกรณีจำเป็นในบางสถานการณ์ (ซึ่งหมายความว่าพยานหลักฐานที่ได้มาจากการปฏิบัติการนั้นชอบด้วยกฎหมาย สามารถใช้ในการดำเนินคดีได้) ถึงแม้การดังกล่าวจะได้กระทำโดยไม่มีหมายศาลหรือเหตุอันชอบธรรมก็ตาม<sup>90</sup>

<sup>85</sup> JA Adams, "Anticipatory Search Warrants: Constitutionality, Requirements, and Scope" [1990] *Kentucky Law Journal*, Vol.79(4), 681.

<sup>86</sup> บทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการค้นและยึดทรัพย์ โปรดดู Justia.2566. "Fed. R. Crim. P. 41 - Search and Seizure" [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.justia.com/criminal/docs/frcrimp/rule41/> [1 กันยายน 2566]

<sup>87</sup> UNODC, *USA UNCAC Self-Assessment* (UNODC, 2011).

<sup>88</sup> *United States v. Grubbs* 547 U.S. 90

<sup>89</sup> *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978) at 559.

<sup>90</sup> Ballin, (เชิงอรรถที่ 38).

จากข้อมูลข้างต้นจึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมสามารถกระทำได้โดยชอบภายใต้กฎหมายกลางของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะกระทำได้หากได้รับหมายอนุญาตจากศาล ซึ่งศาลจะทำการประเมินว่าการใช้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นจำเป็นหรือไม่ในกรณีที่ยื่นขออนุญาตมา อย่างไรก็ดี พยานหลักฐานที่ได้มาจากการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมที่มีได้กระทำโดยรับอนุญาตจากหมายศาลนั้น อาจสามารถรับฟังและใช้ดำเนินคดีได้ในชั้นศาล เนื่องจากในบางกรณีศาลได้อนุญาตให้ใช้ได้ ดังนั้นจึงสามารถสรุปได้ว่ากฎเกณฑ์ที่กำกับเรื่องการขออนุญาตปฏิบัติการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมและหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการปฏิบัติการดังกล่าวนั้นค่อนข้างไม่เคร่งครัด เพราะศาลสามารถใช้ดุลยพินิจได้ว่าจะอนุญาตให้ใช้ปฏิบัติการหรือจะรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวหรือไม่

### 3.4.2 การปฏิบัติการอำพราง

เช่นเดียวกับการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม การปฏิบัติการอำพรางนั้นสามารถกระทำได้โดยชอบตามกฎหมายภายในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยอำนาจตามกฎหมายในการปฏิบัติการอำพรางนั้น ปรากฏอยู่กับกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่เป็น case law ในคดี *Lewis v. United States*<sup>91</sup> ซึ่งศาลได้พิพากษาว่าการปฏิบัติการอำพรางนั้นไม่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาและ ไม่เป็นการขัดต่อบทแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริการั้งที่สี่ นอกเหนือจากคดีดังกล่าวแล้วนั้น การปฏิบัติการอำพรางยังถูกกำกับภายใต้ Rule 41 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสหพันธรัฐอเมริกา ว่าด้วยเรื่องการค้นและยึดทรัพย์ อีกด้วย

การปฏิบัติการอำพรางนั้นจะสามารถกระทำได้โดยได้รับอนุญาตเป็นหมายศาล และหลักเกณฑ์ในการออกหมายศาลนั้นค่อนข้างที่จะไม่เคร่งครัดเพราะว่าศาลเคยพิพากษาในคดี *United States v. Gamble* ไว้ว่ารัฐบาลนั้นไม่จำเป็นต้องมีเหตุอันควรสงสัยหรือเหตุชอบธรรมเกี่ยวกับการก่ออาชญากรรม หรือพยานหลักฐานที่จะนำมาดำเนินคดีผู้ต้องสงสัยหรืออาชญากรรมใดแบบเฉพาะเจาะจง ในการอนุญาตให้ปฏิบัติการอำพรางได้<sup>92</sup>

ในทางปฏิบัติ พนักงานสืบสวนนั้นจำเป็นต้องกำหนดขอบเขตในการปฏิบัติการอำพราง แต่เนื่องจากสภาพของปฏิบัติการที่ต้องพบเจอกับความไม่แน่นอนและปัจจัยที่ไม่สามารถควบคุมไม่ได้ จึงไม่ได้มีกฎเกณฑ์ที่ตายตัวว่าจะต้องกำหนดขอบเขตเช่นไร ดังนั้นปฏิบัติการอำพรางส่วนใหญ่ นั้นจึงกระทำตามแนวทางปฏิบัติของหน่วยงานต้นสังกัดที่รับผิดชอบปฏิบัติการนั้นๆ องค์กร

<sup>91</sup> *Lewis v. United States* 92 F. 3d 1371.

<sup>92</sup> *United States v. Gamble* 737 F 2d 853 (10th Cir 1984).

สหพันธรัฐที่ใช้อำนาจในการปฏิบัติการอำนาจนั้น ได้แก่ สำนักงานสืบสวนสอบสวนของรัฐบาลกลาง (Federal Bureau of Investigation หรือ FBI), องค์การปลาและสัตว์ป่าแห่งสหรัฐ (United States Fish and Wildlife Service หรือ USFWS), หน่วยงานตรวจสอบภาษีภายใน (Internal Revenue Service หรือ IRS) และ หน่วยงานศตยาเสพติด (Drug Enforcement Administration หรือ DEA)<sup>93</sup> ทั้งนี้แนวทางปฏิบัติการอำนาจของ FBI นั้นได้รับการยอมรับว่ามีรายละเอียดมากกว่าขององค์กรอื่นๆในประเทศ<sup>94</sup> โดยแนวทางปฏิบัติของ FBI นั้นห้ามเจ้าหน้าที่ใช้กำลังและความรุนแรงในการสืบสวนคดีในทุกกรณี ยกเว้นแต่เป็นการกระทำเพื่อป้องกันตัว และยังได้จำกัดการสืบสวนที่มีลักษณะเป็นการมุ่งต่อนักการเมือง ผู้นำองค์กรศาสนา บุคลากรทางสาธารณสุข ทนายความและสื่อมวลชนโดยเฉพาะอีกด้วย ซึ่งวัตถุประสงค์ของการจำกัดดังกล่าวนั้นก็เพื่อเป็นการปกป้องการติดต่อสื่อสารที่มีเอกสิทธิ์ ซึ่งรวมถึงการติดต่อสื่อสารที่กระทำทางจุดประสงค์ทางศาสนา เช่น การสารภาพบาป ข้อมูลสุขภาพที่เป็นความลับระหว่างแพทย์และคนไข้ และข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคดีความระหว่างทนายและลูกความ ทั้งนี้แนวทางปฏิบัติดังกล่าวยังได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการเข้าร่วมการก่ออาชญากรรมหรือการกระทำผิดกฎหมาย การรุกร้าความเป็นส่วนตัวและการสร้างความสัมพันธ์กับบุคคลที่สามเพื่อการสืบสวนคดีอีกด้วย<sup>95</sup> และเนื่องจากศาลได้เคยพิพากษาว่าบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่นั้นไม่ได้ครอบคลุมถึงการที่บุคคลนั้นเชื่อใจว่าบุคคลที่เขาได้ให้ข้อมูลไปนั้นจะไม่เปิดเผยข้อมูลนั้นต่อบุคคลอื่น ดังนั้นจึงหมายความว่าพยานหลักฐานที่ได้มาจากการปฏิบัติการอำนาจนั้นสามารถรับฟังและใช้ดำเนินคดีได้ในชั้นศาล<sup>96</sup>

กล่าวโดยสรุปแล้ว การปฏิบัติการอำนาจนั้นสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายภายในประเทศสหรัฐอเมริกา และนอกเหนือจากกฎหมายคอมมอนลอว์ (case law) ที่ให้อำนาจกระทำการปฏิบัติการอำนาจ โดยตีความว่าปฏิบัติการอำนาจนั้นไม่เป็นการขัดต่อบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกลางแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่และ Rule 41 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสหพันธรัฐอเมริกานั้น ก็ไม่มีกฎหมายที่ตายตัวที่กำหนดลักษณะและขอบเขตของปฏิบัติการอำนาจ เพราะหากได้หมายศาลอนุญาตให้ปฏิบัติการอำนาจแล้วนั้น การควบคุมดูแลปฏิบัติการอำนาจนั้นเป็นอำนาจของหน่วยงานต้นสังกัดที่รับผิดชอบปฏิบัติการอำนาจนั้นๆ และอย่างที่ได้

<sup>93</sup> FBI, *Undercover Hearings* (Government Office Printing, 1987).

<sup>94</sup> GA Wagner, “United States’ policy analysis on undercover operations” *International Journal of Police Science & Management* 9, 4 (2007).

<sup>95</sup> Attorney General, *Attorney General’s Guidelines on FBI Undercover Operations* (Government Office Printing, 2002).

<sup>96</sup> *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963).

ตั้งข้อสังเกตไว้ข้างต้นว่า การขอลงหมายศาลสำหรับการปฏิบัติการอำพรางนั้นค่อนข้างทำได้สะดวก เนื่องจากไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความจำเป็นใดๆที่สูงมากไปกว่าระดับมาตรฐานของการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทั่วไปเลย

### 3.4.3 การสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์และการสอดแนมด้วยวิธีการอื่นๆ

การสอดแนมในประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถกระทำภายใต้หลักการตามบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่และหลักความคาดหวังในความเป็นส่วนตัวแบบสมเหตุสมผล ('reasonable expectation of privacy' test) ซึ่งถูกวางหลักในคดี *Katz v. United States*<sup>97</sup> โดยหลักดังกล่าวประกอบไปด้วยบททดสอบสองข้อ ดังนี้ ข้อแรก บุคคลนั้นต้องมีความคาดหวังในความเป็นส่วนตัวในระดับที่สามารถวัดผลได้และ ข้อสอง ความคาดหวังในความเป็นส่วนตัวนั้นต้องอยู่ในระดับที่สังคมเห็นควรว่าสมเหตุ สมผล<sup>98</sup> ซึ่งในคดีข้างต้นนั้น ศาลได้พิพากษาว่าการสนทนาหรือกิจกรรมที่กระทำในที่ที่บุคคลนอกคนอื่นเห็นแบบชัดเจนนั้นไม่ได้รับการคุ้มครองตามหลักความเป็นส่วนตัวบุคคล นอกเหนือจากคดีดังกล่าว ศาลสูงสุดแห่งรัฐบาลกลางยังได้วินิจฉัยประเด็นดังกล่าวไว้ในอีกสองคดี ได้แก่ คดี *United States v. Karo* และ *United States v. Knotts*<sup>99</sup> ซึ่งศาลพิพากษาว่าการสอดแนมที่เจ้าหน้าที่แอบติดตั้งเครื่องส่งสัญญาณ (beeper) ไว้ในรถยนต์ของผู้ต้องสงสัยเพื่อติดตามการเคลื่อนไหวของผู้ต้องสงสัยจากตัวเครื่องส่งสัญญาณในกรณีที่มีการสะกดรอยในทางกายภาพนั้นไม่สามารถกระทำได้หรือหากกระทำแล้วจะเป็นการเปิดเผยตัวตนของเจ้าหน้าที่นั้น สามารถกระทำได้ไม่ขัดต่อบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่ เนื่องจากเจ้าหน้าที่นั้นมียานในการติดตามผู้ต้องสงสัยบนท้องถนนหรือทางหลวงสาธารณะได้อยู่แล้วโดยไม่ต้องขอลงหมายศาลและการใช้เครื่องส่งสัญญาณเป็นแค่การใช้อุปกรณ์ที่ช่วยเหลือการทำงานดังกล่าวให้ง่ายขึ้นเท่านั้น<sup>100</sup> อย่างไรก็ตามศาลได้ตั้งข้อสังเกตว่าการกระทำนี้อาจไม่รวมถึงการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจทำการสอดแนมแบบไล่ล่า (dragnet surveillance) เนื่องจากการตีความของศาลนั้นอิงอยู่กับหลักที่ว่าบุคคลไม่สามารถความคาดหวังในความเป็นส่วนตัวได้เมื่ออยู่ในที่สาธารณะ<sup>101</sup> ส่วนในกรณีที่เจ้าหน้าที่ใช้ข้อมูลจากเครื่องนำทาง (GPS) ที่ติดตั้งอยู่ใน

<sup>97</sup> *Katz v. United States* 389 U.S. 347, 351 (1967)

<sup>98</sup> “[F]irst that a person have exhibited an actual (subjective) expectation of privacy and, second, that the expectation be one that society is prepared to recognize as ‘reasonable.’”

<sup>99</sup> 468 U.S. 705, 707 (1984); 460 U.S. 276, 277 (1983).

<sup>100</sup> *Karo*, 468 U.S. at 721; *Knotts*, 460 U.S. at 285.

<sup>101</sup> *United States v. Cuevas-Perez*, 640 F.3d 272, 273–74 (7th Cir. 2011); *Christensen v. Cty. of Boone*, 483 F.3d 454, 460 (7th Cir. 2007); *United States v. Walker*, 771 F. Supp. 2d 803, 810 (W.D. Mich. 2011).

รถยนต์ของผู้ต้องสงสัยนั้นเพื่อดูว่า ณ เวลานั้นผู้ต้องสงสัยอยู่ที่ไหนโดยไม่มีหมายค้นนั้น ศาลได้วินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวไม่ขัดต่อบทแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่ อย่างไรก็ตาม ศาลได้เน้นย้ำว่าการกระทำดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายเพราะเจ้าหน้าที่ใช้เพื่อดูเฉยๆว่าผู้ต้องสงสัยอยู่ที่ไหน ณ เวลาใด เวลาหนึ่ง มิได้ใช้เพื่อติดตามว่าเคลื่อนไหวไปที่ไหนแบบตลอดเวลา<sup>102</sup> ทั้งนี้จึงอาจตีความได้ว่า หากเป็นการใช้เพื่อติดตามการเคลื่อนไหวของผู้ต้องสงสัยตลอดเวลา นั้น จะต้องใช้หมายศาลในการค้นนั่นเอง

ดังนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การสอดแนมแบบเฝ้าดูหรือติดตามการเคลื่อนไหวหรือกิจกรรมในชีวิตของผู้ต้องสงสัยนั้นถึงแม้จะมีลักษณะก้ำกึ่งที่จะเป็นการรุกร้าความเป็นส่วนบุคคลในการดำรงชีวิตประจำวัน แต่การกระทำดังกล่าวสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพราะเป็นอำนาจในการสืบสวนคดีของเจ้าหน้าที่อยู่แล้ว และได้รับการรับรองจากศาลสูงสุดแห่งรัฐบาลกลางในหลายคดีว่าไม่เป็นการขัดต่อบทแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่<sup>103</sup>

ในกรณีการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นถูกกำกับอย่างเคร่งครัดภายใต้กฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งก็คือ พระราชบัญญัติความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. 1986 (Electronic Communications Privacy Act หรือ ECPA 1986) ซึ่งเป็นกฎหมายหลักที่เกี่ยวข้องกับการดักข้อมูลและเฝ้าดูข้อมูลสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ นอกเหนือจาก ECPA แล้ว การสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นยังต้องกระทำโดยสอดคล้องกับหลักการตามบทแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่ด้วยเช่นกัน โดยในบทที่ 3 ของ ECPA นั้นได้บัญญัติถึงการใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ในการสอดแนม ซึ่งได้แก่การใช้คำสั่งให้บันทึกหมายเลขที่โทรออก (Pen Register) และการใช้คำสั่งให้บันทึกหมายเลขที่โทรเข้า (Trap and Trace) จึงทำให้บทที่ 3 นี้มีอีกชื่อเรียกว่า ‘Pen Register and Trap and Trace Statute’ โดย pen register คืออุปกรณ์ชนิดหนึ่งที่บันทึกหมายเลขที่ได้ทำการโทรออกและข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการโทรออกนั้นๆ จากโทรศัพท์ของผู้ต้องสงสัย ในขณะที่ trap and trace device นั้นคืออุปกรณ์ชนิดหนึ่งที่บันทึกข้อมูลที่ได้ทำการโทรเข้าและข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการโทรเข้านั้นๆ หรือที่เรียกว่า ข้อมูลผู้โทรเข้านั่นเอง (caller ID information) อย่างไรก็ตามอุปกรณ์เหล่านี้บันทึกแค่ข้อมูลของผู้โทรเข้าและโทรออก ไม่ได้บันทึกเนื้อหาของการสื่อสารแต่อย่างใด<sup>104</sup> ทั้งนี้มาตรา 2510-2522 หรือบทที่ 3 แห่ง

<sup>102</sup> *United States v. Williams*, 2015 WL 4484060, at 5–6.

<sup>103</sup> *Knotts*, 460 U.S. at 281.

<sup>104</sup> JP Martin and H Cendrowski, *Cloud Computing and Electronic Discovery* (John Wiley & Sons, 2014) 69.

ECPA นั้นอนุญาตให้สามารถกระทำการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ โดยวิธีการดังต่อไปนี้ การดักข้อมูลติดต่อสื่อสารทางโทรศัพท์ การดักข้อมูลติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์และการดักข้อมูลทางติดต่อสื่อสารด้วยวาจา โดยการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้รับอนุญาตให้กระทำได้ภายใต้ ECPA นั้นสามารถกระทำได้ทั้งการติดต่อสื่อสารทางโทรศัพท์และทางระบบอินเทอร์เน็ต<sup>105</sup> อย่างไรก็ตาม การสอดแนมที่ได้รับอนุญาตนั้นสามารถทำได้แค่การได้มาซึ่งข้อมูลหมายเลขโทรศัพท์ที่มีการโทรเข้าและออก ไม่รวมถึงเนื้อหาในการติดต่อสื่อสารนั้นๆ<sup>106</sup> หรือหากเป็นกรณีการติดต่อสื่อสารทางระบบอินเทอร์เน็ต สามารถทำได้เพียงการได้มาซึ่งข้อมูลหมายเลขประจำเครื่องคอมพิวเตอร์ (Internet Protocol (IP) address) ซึ่งรวมถึง หมายเลขไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ของผู้รับและผู้ส่งข้อความทางอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail address of the sender and recipient) รวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับวันและเวลาในการส่งข้อความและ IP address ของคอมพิวเตอร์ที่ส่งข้อความนั้นๆ<sup>107</sup> ทั้งนี้ศาลได้เคยพิพากษาว่าข้อมูลดังกล่าวนั้นมีสถานะเช่นเดียวกับข้อมูลที่อยู่อาศัย<sup>108</sup>

การขออนุญาตปฏิบัติการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์หรือการติดตั้งอุปกรณ์บันทึกหมายเลขที่โทรออกและบันทึกหมายเลขที่โทรเข้า (pen register or trap and trace device) นั้นต้องได้รับอนุญาตจากศาลเป็นหมายศาลเสียก่อน<sup>109</sup> และต้องกระทำตามบทบัญญัติตาม Rule 27 ตามบทที่ 119 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสหพันธรัฐ<sup>110</sup> อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าการขออนุญาตนั้นไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตโดยการทบทวนข้อเท็จจริงจากศาลโดยต่างหาก (independent judicial review of the facts) ก่อนที่จะสามารถออกหมายศาล<sup>111</sup> เนื่องจากกฎหมายคอมมอนลอว์ (case law) และกฎหมายลายลักษณ์อักษร (statutes) ปัจจุบันนั้นได้อนุญาตให้หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายต่างๆของสหพันธรัฐสามารถใช้อำนาจดุลยพินิจในการพิจารณาว่าจะสั่งให้มีการปฏิบัติการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ในคดีใดโดยตัวเองโดยมิต้องขอการพิจารณาจากศาลก่อน<sup>112</sup> โดยศาลสหพันธรัฐนั้นได้เคยวินิจฉัยในประเด็นเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการติดตั้งอุปกรณ์บันทึกหมายเลขโทรเข้าและออกในการแสวงหาพยานหลักฐาน

<sup>105</sup> 18 USC §2510.

<sup>106</sup> 18 USC §3121(c).

<sup>107</sup> 18 USC §3124(b).

<sup>108</sup> *United States v. Forrester*, 512 F.3d 500, 510 (9th Cir. 2008).

<sup>109</sup> 18 USC §3121(a).

<sup>110</sup> 18 U.S. Code CHAPTER 119— WIRE AND ELECTRONIC COMMUNICATIONS INTERCEPTION AND INTERCEPTION OF ORAL COMMUNICATIONS.

<sup>111</sup> H.R. Rep. No. 99-647 (1986).

<sup>112</sup> เรื่องเดียวกัน.

ในการดำเนินคดีขององค์กรสหพันธรัฐไว้ในสองคดี โดยในคดีแรก คือ *United States v. N.Y. Tel. Co.*<sup>113</sup> ซึ่งศาลได้พิพากษาว่ากฎหมายของสหพันธรัฐที่เกี่ยวข้องกับการดักข้อมูลทางโทรศัพท์นั้น ไม่รวมถึงการใช้อุปกรณ์บันทึกหมายเลขที่โทรเข้าและออก ดังนั้นผู้พิพากษาในศาลชั้นต้นสหพันธรัฐ (federal district judges) จึงมีอำนาจอนุญาตให้ออกหมายศาลในการสั่งให้บริษัทโทรศัพท์ติดตั้ง อุปกรณ์บันทึกหมายเลขโทรออกได้ และในคดีที่สอง *Smith v. Maryland*<sup>114</sup> ศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางได้พิพากษาว่าเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายนั้นไม่จำเป็นต้องมีหมายค้นในมือก่อนที่จะสามารถสั่งให้บริษัทโทรศัพท์ติดตั้งอุปกรณ์บันทึกหมายเลขโทรเข้าและออก ทั้งนี้ศาลได้ให้เหตุผลว่า เนื่องจากว่าผู้ใช้บริการโทรศัพท์นั้นได้ให้ความยินยอมแล้วในการเปิดเผยข้อมูลหมายเลขโทรศัพท์ที่มีการโทรเข้าและโทรออกเมื่อได้สมัครใช้บริการโทรศัพท์ ดังนั้นการบันทึกข้อมูลหมายเลขโทรศัพท์ การโทรเข้าและโทรออกนั้นจึงไม่เป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลตามบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่

อย่างไรก็ดี การสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นจะสามารถกระทำได้แค่ภายในเขตอำนาจศาลที่ออกหมายศาลอนุญาตเท่านั้น ทั้งนี้เฉพาะหลักฐานที่ได้มาจากการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ขอด้วยกฎหมายเท่านั้นที่สามารถรับฟังและใช้ดำเนินคดีในชั้นศาลได้<sup>115</sup>

จากข้อมูลข้างต้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การสอดแนมนั้นสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยการสอดแนมนั้นเป็นอำนาจในการสืบสวนคดีของเจ้าหน้าที่ตามการตีความของบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่ และกระทำภายใต้หลักความคาดหวังในความเป็นส่วนตัวแบบสมเหตุสมผล ส่วนการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น อยู่ภายใต้การกำกับของกฎหมายหลักสามฉบับได้แก่ บทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่ พระราชบัญญัติความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. 1986 (ECPA) และบทที่ 119 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคความอาญาสหพันธรัฐ อย่างไรก็ตามข้อมูลที่สอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้คือข้อมูลที่เป็นการระบุตัวตนของผู้ที่ผู้ต้องสงสัยติดต่อสื่อสารเท่านั้น เช่น หมายเลขโทรศัพท์ หมายเลขไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์หรือหมายเลขประจำเครื่องคอมพิวเตอร์ ไม่รวมถึงข้อมูลเนื้อหาในการติดต่อสื่อสารนั้นๆ ในทางปฏิบัติการขออนุญาตปฏิบัติการสอดแนมนั้นค่อนข้างไม่เคร่งครัดเนื่องจากอนุญาตให้หน่วยงานต้นสังกัดใช้ดุลยพินิจในการขออนุญาตปฏิบัติการได้ตามเหมาะสมและการขอหมายศาลนั้นไม่ได้ต้องได้รับการทบทวนข้อเท็จจริงจากศาล

<sup>113</sup> *United States v. N.Y. Tel. Co.* 434 U.S. 159 (1977).

<sup>114</sup> *Smith v. Maryland* 442 U.S. 735 (1979).

<sup>115</sup> 18 USC §3123 (a)(2).

### 3.5 เปรียบเทียบกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) และสหรัฐอเมริกา

จะเห็นว่า ประเทศทั้งสามนั้นมีวิธีการบัญญัติกฎหมายที่ต่างจากประเทศไทย กล่าวคือ ทั้งสามประเทศนั้นบัญญัติให้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานมีสถานะเป็นประธานแห่งกฎหมาย กล่าวคือมีการกำหนดวิธีการพิเศษต่างๆไว้เป็นประธานในกฎหมายกลางเพียงฉบับเดียว แล้วจึงนำฐานความผิดที่ต้องการจะใช้วิธีการดังกล่าวมาบรรจุในกฎหมายฉบับนั้น ซึ่งเทคนิคการบัญญัติกฎหมายในรูปแบบดังกล่าวทำให้สามารถนำวิธีการสืบสวนพิเศษต่างๆที่ต้องการไปใช้ได้ ในเกือบทุกคดีความผิดร้ายแรงที่ต้องการและยังสามารถแก้ปัญหาการบัญญัติกฎหมายซ้ำซ้อนกันได้ด้วย ซึ่งต่างจากการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวในประเทศไทยที่กำหนดให้ฐานความผิดเป็นประธานหลักแห่งการบัญญัติกฎหมายและจึงค่อยกำหนดให้วิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานเป็นวัตถุประสงค์ที่ต้องนำไปปรับใช้ได้เฉพาะฐานความผิดในทุกๆพระราชบัญญัติเฉพาะที่กำหนดไว้ ทำให้ต้องมีการบัญญัติอนุญาตซ้ำๆ ให้นำวิธีการสืบสวนพิเศษต่างๆที่ต้องการเข้าไปในกฎหมายทุกๆฉบับที่ต้องการ

โดยตารางข้างล่างนี้แสดงถึงกฎหมายหลักที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานและเงื่อนไขการใช้วิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาครัฐในประเทศเนเธอร์แลนด์ สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) และสหรัฐอเมริกา

กฎหมายหลักที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน			
	ประเทศเนเธอร์แลนด์	สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์)	สหรัฐอเมริกา
การเคลื่อนย้าย ภายใต้การควบคุม	ประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา เนเธอร์แลนด์	ไม่มี ยึดตามแนวปฏิบัติ ของแต่ละหน่วยงานต้น สังกัด	บทแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญ กลางแห่งสหรัฐอเมริกา ครั้งที่สี่ และคดี <i>United States v. Grubbs</i>

กฎหมายหลักที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน			
	ประเทศเนเธอร์แลนด์	สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์)	สหรัฐอเมริกา
การปฏิบัติการ อำพราง	ประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา เนเธอร์แลนด์และพระ ราชบัญญัติตำรวจ เนเธอร์แลนด์	Regulation of Investigatory Powers Act 2000	บทแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญ กลางแห่งสหรัฐอเมริกา ครั้งที่สี่ คดี <i>Lewis v. United States</i> และ ประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา สหพันธรัฐอเมริกา
การสอดแนมและ การสอดแนมทาง อิเล็กทรอนิกส์	ประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา เนเธอร์แลนด์	Regulation of Investigatory P owers Act 2000 และ Investigatory Powers Act 2016	บทแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญ กลางแห่งสหรัฐอเมริกา ครั้งที่สี่ คดี <i>Katz v. United States</i> Electronic Communications Privacy Act 1986 และ ประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา สหพันธรัฐ

ตารางข้างล่างแสดงให้เห็นถึงเงื่อนไขการอนุญาตให้ใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีต่างๆของทั้งสามประเทศ

	ประเทศเนเธอร์แลนด์	สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์)	สหรัฐอเมริกา
การเคลื่อนย้าย ภายใต้การควบคุม	สามารถใช้ได้ในทุกคดี รวมถึงคดีการทุจริตใน ภาครัฐด้วย	สามารถใช้ได้ในทุกคดี รวมถึงคดีการทุจริตใน ภาครัฐด้วย	สามารถใช้ได้ในทุกคดี รวมถึงคดีการทุจริตใน ภาครัฐด้วย
การปฏิบัติการ อำนาจ	สามารถใช้ได้ในทุกคดี รวมถึงคดีการทุจริตใน ภาครัฐด้วย	สามารถใช้ได้ในทุกคดี รวมถึงคดีการทุจริตใน ภาครัฐด้วย	สามารถใช้ได้ในทุกคดี รวมถึงคดีการทุจริตใน ภาครัฐด้วย
การสอดแนมและ การสอดแนมทาง อิเล็กทรอนิกส์	- การสอดแนมสามารถใช้ได้ในทุกคดีรวมถึงคดี การทุจริตในภาครัฐด้วย - การสอดแนมทาง อิเล็กทรอนิกส์สามารถใช้ได้หากว่าคดีทุจริตใน ภาครัฐนั้นมีความ เกี่ยวข้องกับคดี อาชญากรรมอุกฉกรรจ์	ใช้ได้หากว่าคดีทุจริตใน ภาครัฐนั้นเกี่ยวข้องกับ เหตุผลบางประการที่ได้ ระบุไว้ใน RIPA 2000 (การสอดแนม) และ IPA 2016 (การสอดแนมทาง อิเล็กทรอนิกส์)	สามารถใช้ได้ในทุกคดี รวมถึงคดีการทุจริตใน ภาครัฐด้วย

ทั้งนี้ทั้งสามประเทศนั้นใช้เทคนิคการบัญญัติกฎหมายแบบกฎหมายเดี่ยวสามารถใช้ได้ในหลายๆกรณี (all-purpose legislative) เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นกฎหมายหลักกฎหมายเดี่ยวในการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายจากหน่วยงานต่างๆใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาต่างๆ โดยมีข้อยกเว้นเพียงบางประการเท่านั้น กล่าวคือ การสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นจะกระทำได้เฉพาะอาชญากรรมอุกฉกรรจ์เท่านั้น หรือสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) ที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีต่างๆไว้ใน กฎหมายหลักสองฉบับ คือ RIPA 2000 และ IPA 2016 และประเทศสหรัฐอเมริกาที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีต่างๆ ผ่านทางการตีความบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกลางแห่งสหรัฐอเมริกาครั้งที่สี่และเสริมด้วยหลักการที่ได้วางไว้ในกฎหมายคอมมอนลอว์และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสหพันธรัฐ ซึ่งต่างจากประเทศไทยที่ใช้เทคนิคการบัญญัติกฎหมาย

พิเศษ ให้ใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้เฉพาะคดีใดคดีหนึ่งตามกฎหมายฉบับต่างๆที่ได้กำหนดไว้ตั้งที่กล่าวไว้ข้างต้น ทั้งนี้วิธีการบัญญัติกฎหมายแบบในประเทศเนเธอร์แลนด์ สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) และสหรัฐอเมริกา นั้นยังเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ที่สามารถใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญาต่างๆ รวมถึงคดีทุจริตในภาครัฐได้ โดยสามารถที่จะเลือกใช้หลายวิธีพร้อมกันก็ได้ โดยสิ่งที่เจ้าหน้าที่ต้องกระทำคือขออนุญาตตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น จะเห็นได้ว่าเทคนิคการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ส่งผลให้กฎหมายนั้นมีความยืดหยุ่นและสามารถปรับใช้ได้ ในหลายๆกรณี จึงสามารถทำให้ใช้วิธีการเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้อย่างเต็มประสิทธิภาพและมีโอกาสในการปราบปรามอาชญากรรมมากยิ่งขึ้น

#### 4. ปัญหาในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) ในการปราบปรามคดีทุจริตในภาครัฐในประเทศไทย

นอกเหนือจากปัญหาหลักที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปราบปรามคดีทุจริตในภาครัฐของประเทศไทยอย่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 นั้นไม่ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) ไว้ ประเทศไทยยังประสบปัญหาดังต่อไปนี้อีกด้วย

##### 4.1 ปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในประเทศไทย

กฎหมายภายในหลายฉบับของประเทศไทยนั้นอนุญาตให้มีการใช้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม การปฏิบัติการอำพรางและการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์และการสอดแนมด้วยวิธีอื่นๆ ซึ่งเป็นวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต แต่อย่างไรก็ดี วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานนี้กลับไม่ได้ถูกบรรจุในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามทุจริตในภาครัฐโดยตรง ซึ่งการบรรจุวิธีการพิเศษดังกล่าวเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานไว้เพียงในบางกฎหมายฉบับนั้นไม่เพียงพอที่จะปราบปรามอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงได้ สาเหตุนั้นเนื่องมาจากการบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยนั้น เน้นหนักที่ฐานความผิดตามพระราชบัญญัตินั้นๆเป็นประธานในการบัญญัติกฎหมาย แล้วจึงนำวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการพิเศษต่างๆ ใส่เข้าไป จึงกลายเป็นว่าวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานจะสามารถใช้ได้กับฐานความผิด

ที่ได้อนุญาตไว้เท่านั้นมิใช่ในทุกๆฐานความผิด ซึ่งเทคนิคการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวนี้ อาจจะไม่เหมาะสมและไม่ยืดหยุ่นเพียงพอกับการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงที่มีความซับซ้อน ในปัจจุบัน ซึ่งรวมถึงคดีทุจริตในภาครัฐด้วย และดังที่กล่าวไว้ข้างต้นว่า พระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 ซึ่งเป็นกฎหมายหลักในการ ปราบปรามคดีทุจริตในภาครัฐของประเทศไทยนั้น ก็ไม่อนุญาตให้มีการใช้วิธีการพิเศษตามอนุสัญญาฯ เพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในการสืบสวนคดีทุจริตในภาครัฐ ซึ่งการดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อ การปราบปรามคดีทุจริตในภาครัฐ อีกทั้งยังอาจเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของอนุสัญญาสหประชาชาติ ว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตอีกด้วย

#### 4.1.1 ปัญหาความกระจัดกระจายของวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในประเทศไทย

ถึงแม้ว่าวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นสามารถใช้ได้ภายใต้กฎหมาย ไทย แต่เนื่องจากความผิดที่กฎหมายได้มีการอนุญาตให้ใช้วิธีการพิเศษได้นั้นกระจัดกระจายอยู่ภายใต้กฎหมายต่างๆหลายฉบับ ดังนั้น ในทางปฏิบัติ จึงทำให้ไม่สามารถการใช้วิธีการพิเศษเพื่อ แสวงหาพยานหลักฐานได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ เนื่องจากการใช้วิธีการเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานดังกล่าวมานั้นจะมีประสิทธิภาพที่สุดหากสามารถใช้ร่วมกันได้ ดังนั้นหากไม่ได้มีการอนุญาตให้ ใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้ร่วมกัน ก็หมายความว่าเจ้าหน้าที่สืบสวนนั้นอาจ จะต้องพบกับอุปสรรคในการสืบสวนคดีและปราบปรามอาชญากรรมที่มีลักษณะที่ซับซ้อน

โดยตารางข้างล่างแสดงให้เห็นถึงตัวอย่างของกฎหมายของไทยที่มีการอนุญาตให้ใช้ วิธีการพิเศษตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต เพื่อการ แสวงหาพยานหลักฐานได้

กฎหมายพิเศษ	การเคลื่อนย้าย ภายใต้การควบคุม	การปฏิบัติการ อำพราง	การสอดแนมทาง อิเล็กทรอนิกส์
พระราชบัญญัติ วิธีพิจารณาคดี ยาเสพติด พ.ศ. 2550	✓	✓	✓ (เฉพาะในกรณีการดัก ข้อมูลสื่อสาร)

กฎหมายพิเศษ	การเคลื่อนย้าย ภายใต้การควบคุม	การปฏิบัติการ อำนาจ	การสอดแนมทาง อิเล็กทรอนิกส์
พระราชบัญญัติ ป้องกันและปราบ ปรามการมีส่วนร่วม ในองค์กร อาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556	√	√	√
พระราชบัญญัติการ สอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547	–	√	√ (เฉพาะในกรณีการดัก ข้อมูลสื่อสาร)
พระราชบัญญัติ ป้องกันและปราบ ปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542	–	–	√ (เฉพาะในกรณีการดัก ข้อมูลสื่อสาร)
พระราชบัญญัติ ป้องกันและปราบ ปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551	–	–	√ (เฉพาะในกรณีการดัก ข้อมูลสื่อสาร)

ตารางข้างต้นแสดงให้เห็นว่าจากตัวอย่างกฎหมายทั้งหมดของประเทศไทยนั้น การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมนั้นได้รับการอนุญาตให้ใช้ได้เพียงภายใต้กฎหมายแค่สองฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550<sup>116</sup> และ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556<sup>117</sup> ในส่วนของการปฏิบัติการอำนาจนั้นได้รับอนุญาตให้ใช้ได้เพียงภายใต้กฎหมายสามฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550<sup>118</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กร

<sup>116</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 มาตรา 8.

<sup>117</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 20.

<sup>118</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 มาตรา 7.

อาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556<sup>119</sup> และ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547<sup>120</sup> และการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นถึงแม้จะได้รับอนุญาตให้ใช้ได้ภายใต้ทุกๆพระราชบัญญัติที่ยกตัวอย่างมา แต่ก็มีกรจำกัดการใช้ กล่าวคือ ใช้ได้เพียงการดักข้อมูลสื่อสารของผู้ต้องสงสัยเท่านั้น<sup>121</sup> โดยทั้งนี้เฉพาะพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 เท่านั้นที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้อุปกรณ์โทรศัพท์หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ในการสะกดรอยตามผู้ต้องสงสัย<sup>122</sup>

นอกจากนี้จะเห็นได้ว่าในบรรดากฎหมายพิเศษข้างต้นนั้น มีกฎหมายพิเศษเพียงสองฉบับเท่านั้นที่อนุญาตให้ใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้ทั้งสามวิธี ซึ่งก็คือ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 อนุญาตให้ใช้การสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้เฉพาะกรณีได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารเท่านั้น ไม่รวมถึงการใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ในการสะกดรอยตามผู้ต้องสงสัย<sup>123</sup> และภายใต้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นจะใช้ได้ในคดีที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติดเท่านั้น ไม่สามารถใช้ได้กับคดีที่มีความซับซ้อนหรือคดีที่มีความร้ายแรงอื่นๆ ซึ่งรวมทั้งคดีทุจริตในภาครัฐด้วย<sup>124</sup> และทั้งนี้แม้พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 เท่านั้นที่อนุญาตให้ใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้ทั้งสามวิธีโดยไม่มีข้อจำกัดใดๆ แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากภายใต้พระราชบัญญัติดังกล่าว วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นจะใช้ได้ในคดีที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมองค์กรที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมข้ามชาติเท่านั้น การปรับใช้กฎหมายดังกล่าวในคดีทุจริตในภาครัฐจึงสามารถทำได้ยากหรือไม่สามารถทำได้เลย หากการทุจริตในภาครัฐนั้นไม่มีจุดเกาะเกี่ยวกับอาชญากรรมองค์กรที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมข้ามชาติ

<sup>119</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 19.

<sup>120</sup> พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 27.

<sup>121</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 10; พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 17; พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 25; พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 มาตรา 14 วรรคสี่; พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 4; พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 30.

<sup>122</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 21.

<sup>123</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 10.

<sup>124</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 มาตรา 5.

#### 4.1.2 ปัญหาสถานะของวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานที่มีสถานะเป็นวัตถุรองภายใต้กฎหมายพิเศษ

ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นว่า สืบเนื่องจากวิธีการบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยนั้น ทำให้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นไม่ได้มีสถานะเป็นประธานภายใต้กฎหมายพิเศษ จึงไม่สามารถทำให้สามารถนำวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานมาใช้ในการสืบสวนอาชญากรรมทุกประเภทได้ เพราะต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายพิเศษที่ให้อำนาจใช้ไว้ ซึ่งกฎหมายพิเศษที่เกี่ยวข้องกับการปราบปรามทุจริตในภาครัฐโดยตรง ซึ่งก็คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 เองนั้นก็ไม่ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้วิธีการแสวงหาพยานหลักฐานพิเศษในคดีทุจริตในภาครัฐไว้ ทั้งนี้หากเจ้าหน้าที่ประสงค์จะใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตในภาครัฐแล้วนั้น เจ้าหน้าที่จะต้องหาจุดเกาะเกี่ยวให้ได้ว่าคดีทุจริตในภาครัฐนั้นเกี่ยวข้องกับฐานความผิดอื่น ๆ ตามกฎหมายพิเศษที่ได้ให้อำนาจในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานไว้หรือไม่ เช่น คดีทุจริตในภาครัฐนั้นมีความเกี่ยวข้องกับฐานความผิดฐานฟอกเงิน หรือคดีทุจริตในภาครัฐมีความเกี่ยวข้องกับการค้ายาเสพติด เป็นต้น

อย่างไรก็ดี อาจมีข้อโต้แย้งว่า เจ้าหน้าที่สามารถใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 แทนได้ เนื่องจากมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้อนุญาตให้คณะกรรมการคดีพิเศษสามารถพิจารณารับคดีอาญาใดๆเป็นคดีพิเศษได้ ด้วยมติสองในสามของคณะกรรมการที่มีทั้งหมด<sup>125</sup> ซึ่งหากคดีทุจริตในภาครัฐถูกรับไว้เป็นคดีพิเศษแล้วนั้น ก็จะสามารถใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ได้ อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวอาจพบกับอุปสรรคในทางปฏิบัติได้ เนื่องจากต้องรอมติจากคณะกรรมการคดีพิเศษ ซึ่งอาจใช้เวลานานกว่าจะเริ่มสืบสวนคดีโดยใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้ นอกจากนี้ มตินั้นยังต้องอาศัยมติพิเศษไม่น้อยกว่าสองในสาม ให้รับคดีทุจริตในภาครัฐเป็นคดีพิเศษเสียก่อน ในทางปฏิบัติ จึงมีโอกาสดังกล่าวที่คดีทุจริตในภาครัฐนั้นอาจไม่ผ่านมติให้รับเป็นคดีพิเศษได้ และพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 เองก็ไม่ได้อนุญาตให้ใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้ทุกวิธี เนื่องจากมิได้อนุญาตให้ใช้การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมได้

นอกจากนี้ หากเป็นกรณีตามมาตรา 21/1 แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 ที่ให้อำนาจ

<sup>125</sup> พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาตรา 21.

คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติสามารถมีมติรับคดีที่เจ้าหน้าที่รัฐกระทำ ความผิดอันเป็นคดีพิเศษไว้ดำเนินการไต่สวนตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกัน และปราบปรามการทุจริต หรือ ในกรณีที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พิจารณาแล้ว เห็นสมควรส่งเรื่องให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษเป็นผู้ดำเนินการ ให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษ ดำเนินการตามกฎหมายต่อไปนั้น ก็อาจประสบปัญหาเรื่องอำนาจการสืบสวน คดีของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติที่เป็นหน่วยงานหลักในการปราบ ทุจริต แต่มีอำนาจตามกฎหมายน้อยกว่ากรมสอบสวนคดีพิเศษ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น เช่นเดียวกัน

#### 4.2 ปัญหาของวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานกับผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพของบุคคล

จากข้อมูลทั้งหมดข้างต้นจะเห็นได้ว่าแม้ว่าวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน ในคดีทุจริต คอร์รัปชัน ทั้งสามรูปแบบนั้นได้รับการพิสูจน์จากนานาอารยประเทศแล้วว่าสามารถ นำตัวผู้กระทำผิดที่แท้จริงมาลงโทษได้ จนถูกบรรจุไว้ในมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติ ว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) ไว้เพื่อให้รัฐภาคีของอนุสัญญาได้นำไปใช้ให้เกิดประสิทธิภาพ สูงสุด ในทางกลับกันก็จะเห็นได้ว่าวิธีการดังกล่าวก็มีลักษณะที่กระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ ของบุคคล มากกว่าวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานตามปกติ เช่น การออกหมายเรียก หมายจับ หมายค้น ตาม กฎหมายทั่วไปเช่นกัน จึงเกิดคำถามว่าหากมีการอนุญาตให้สามารถใช้วิธีการพิเศษเพื่อการ แสวงหาพยานหลักฐานในคดีทุจริตดังกล่าวในประเทศไทย จะมีมาตรการใดในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ของบุคคลให้ได้รับผลกระทบจากวิธีการเหล่านี้ให้น้อยที่สุด จากการศึกษาวิจัยพบว่า วิธีการต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้นไม่ใช่วิธีการที่ไม่เคยถูกกล่าวถึงในประเทศไทยแต่อย่างใด หากแต่ได้ ถูกใช้ในกฎหมายต่างๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น เช่น พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 หรือพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 มาเป็นระยะเวลาพอสมควรแล้ว ซึ่งในกฎหมายแต่ละฉบับได้บัญญัติถึงขั้นตอนการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ของบุคคลจากการใช้วิธี การพิเศษเหล่านี้ไว้ด้วยถ้อยคำในทำนองเดียวกัน ดังนั้นการนำวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยาน หลักฐานในคดีทุจริต คอร์รัปชันจึงสามารถใช้หลักเกณฑ์การคุ้มครองจากกฎหมายดังกล่าวข้างต้น มาปรับใช้ได้ โดยในที่นี้ บทความนี้ขอแนะนำการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ของบุคคลตามพระราชบัญญัติ ป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาปรับใช้

เนื่องจากเป็นพระราชบัญญัติที่พูดถึงวิธีการพิเศษทั้งสามวิธี ซึ่งในพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กล่าวถึงขั้นตอนการนำวิธีการนำวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานมาใช้โดยชอบด้วยกฎหมายดังต่อไปนี้

#### 4.2.1 การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมกับคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ของบุคคลตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

การเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุมถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 โดยให้พนักงานสอบสวนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากอัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย แล้วแต่กรณี มีอำนาจให้มีการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม โดยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการขออนุญาต การอนุญาต และการเคลื่อนย้ายภายใต้การควบคุม ให้เป็นไปตามข้อบังคับที่อัยการสูงสุดกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ ในข้อบังคับดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีมาตรการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจด้วย หากกระทำการครบถ้วนตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดแล้ว การกระทำและพยานหลักฐานที่ได้มาจากการกระทำของพนักงานสอบสวนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 20 ให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้<sup>126</sup> จะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดให้อัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจ เป็นผู้มีอำนาจในการอนุญาตให้มีการใช้วิธีการดังกล่าวโดยการอนุญาตดังกล่าวต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งก็เป็นไปในแนวทางเดียวกับ ประเทศเนเธอร์แลนด์ และสหราชอาณาจักร ที่ให้พนักงานอัยการหรือผู้บังคับบัญชาในหน่วยงานเป็นผู้อนุญาต เนื่องจากวิธีการดังกล่าวจะประสบผลสำเร็จได้ต้องอาศัยความรวดเร็วในการปฏิบัติการ มิฉะนั้นผู้ร่วมกระทำความผิดที่อยู่ปลายทางอาจจะทราบว่าคุณคนในเครือข่ายของตนถูกจับกุมแล้ว ซึ่งอาจทำให้ปฏิบัติการล้มเหลวได้ การขออนุญาตกับบุคคลดังกล่าวตามกฎหมายจึงถือว่าเหมาะสมแล้ว

#### 4.2.2 การปฏิบัติการอำพรางกับคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ของบุคคลตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

การปฏิบัติการอำพรางถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 โดยกฎหมายได้กำหนดให้อัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย แล้วแต่กรณี สามารถมอบหมายให้บุคคลใดจัดทำเอกสารหรือหลักฐานใดขึ้นหรือปฏิบัติการอำพราง เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนได้โดย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อัยการสูงสุดกำหนดในข้อบังคับ และเมื่อกระทำ

<sup>126</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 20

การครบถ้วนตามขั้นตอน ที่กฎหมายกำหนด การจัดทำเอกสารหรือหลักฐานใด หรือการปฏิบัติการ อำพรางตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย<sup>127</sup> จะเห็นได้ว่ากฎหมาย ในมาตราดังกล่าวนั้นเป็นไปในแนวทางเดียวกับประเทศเนเธอร์แลนด์ และ สหราชอาณาจักร ที่ให้ พนักงานอัยการหรือผู้บังคับบัญชาในหน่วยงานเป็นผู้อนุญาต เนื่องจากวิธีการดังกล่าวจะประสบ ผลสำเร็จได้ต้องอาศัยความรวดเร็วในการปฏิบัติการ รวมถึงต้องมีลักษณะที่เป็นความลับ ควรจะมี ผู้รู้ถึงการปฏิบัติการอำพรางให้น้อยที่สุด มิฉะนั้นผู้กระทำความผิดทราบว่าคุณคนในเครือข่าย ของตนเป็นเจ้าหน้าที่อำพรางตัวมาสืบข้อมูล ซึ่งไม่เพียงทำให้ปฏิบัติการล้มเหลวแต่อาจหมายถึง อันตรายถึงชีวิตแก่เจ้าหน้าที่อำพรางตนด้วย การขออนุญาตกับบุคคลดังกล่าวตามกฎหมายจึงถือว่า เหมาะสมแล้ว

#### 4.2.3 การสะกดรอยผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดหรือจะกระทำความผิดตาม พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

การสะกดรอยผู้ต้องสงสัย ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและ ปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 โดยเจ้าพนักงานอาจใช้ เครื่องมือสื่อสารโทรคมนาคม เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ หรือด้วยวิธีการอื่นใด ในการสะกดรอย ผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดหรือจะกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ โดยเจ้าพนักงานต้องขออนุญาตเพื่อให้มีอำนาจในการสะกดรอยจากอัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจ แห่งชาติ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย แล้วแต่กรณี<sup>128</sup> โดยต้องทำเป็นหนังสือเสนอต่อผู้มีอำนาจอนุญาต และระบุเหตุผลและความจำเป็น รวมทั้งระบุเครื่องมือ อุปกรณ์ วิธีการและระยะเวลาดำเนินการ<sup>129</sup> เนื่องจากวิธีการดังกล่าวจะประสบผลสำเร็จได้ต้องอาศัยความรวดเร็วในการปฏิบัติการ รวมถึง ต้องมีลักษณะที่เป็นความลับ ควรจะมีผู้รู้ถึงการปฏิบัติการให้น้อยที่สุด มิฉะนั้นผู้กระทำความผิด ทราบว่าตนถูกสะกดรอยอยู่ ซึ่งไม่เพียงทำให้ปฏิบัติการล้มเหลวแต่อาจหมายถึงอันตรายถึงชีวิตแก่ เจ้าหน้าที่ที่สะกดรอยด้วย การขออนุญาตกับบุคคลดังกล่าวตามกฎหมายจึงถือว่าเหมาะสมแล้ว

<sup>127</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 19

<sup>128</sup> ข้อบังคับของอัยการสูงสุดว่าด้วยการสะกดรอยผู้ต้องสงสัย ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมี ส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 21 พ.ศ.2556 ข้อ 6

<sup>129</sup> ข้อบังคับของอัยการสูงสุดว่าด้วยการสะกดรอยผู้ต้องสงสัย ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมี ส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 21 พ.ศ.2556 ข้อ 7

#### 4.2.4 การสอดแนมตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วม ในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556

การสอดแนมมิได้ถูกบัญญัติไว้โดยตรง แต่ มาตรา 17 วางหลักไว้ว่า เอกสารหรือข้อมูลข่าวสารซึ่งส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ โทรสาร คอมพิวเตอร์ เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ในการสื่อสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อทางเทคโนโลยีใด ถูกใช้หรืออาจถูกใช้ เพื่อให้ได้รับประโยชน์จากการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พนักงานสอบสวนซึ่งได้รับอนุมัติจากอัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย แล้วแต่กรณี อาจยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้ได้มาซึ่งเอกสารหรือข้อมูลข่าวสารดังกล่าวก็ได้<sup>130</sup> กรณีนี้จะเห็นได้ว่าแตกต่างจากการแสวงหาพยานหลักฐานด้วยวิธีพิเศษในรูปแบบอื่นเพราะมีลักษณะที่ต้องขออนุญาตถึงสองขั้นตอนคือจากอัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย แล้วแต่กรณี และจากอธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเพื่อมีคำสั่งอนุญาต ให้ได้มาซึ่งเอกสารหรือข้อมูลข่าวสารตามที่กฎหมายกำหนด เช่นเดียวกับในสหราชอาณาจักรที่เรียกการอนุญาตทั้งสองขั้นตอนนี้ว่า กระบวนการการขออนุญาตแบบล็อกสองชั้น ('double-lock' authorisation)

เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะวิธีการดังกล่าวไปกระทบต่อสิทธิในการติดต่อสื่อสารของบุคคล (Right to Communication) ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองในระดับสากลจึงจำเป็นที่จะต้องได้รับการพิจารณาจากองค์กรตุลาการด้วยเพื่อเป็นหลักประกันว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐนั้น มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะมีการกระทำความผิดหรือจะมีการกระทำความผิดจริง มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดจากการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารดังกล่าว และเห็นว่าไม่อาจใช้วิธีการอื่นใดที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพมากกว่าได้ จึงจะอนุญาตให้ดำเนินการได้ นอกจากนี้การอนุญาตให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาสั่งอนุญาตได้คราวละไม่เกินเก้าสิบวัน โดยกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ก็ได้ และให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลข่าวสารในสิ่งที่สื่อสารตามคำสั่งดังกล่าวจะต้องให้ความร่วมมือเพื่อให้เป็นไปตามความในมาตรานี้ ภายหลังจากที่มีคำสั่งอนุญาตหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าเหตุผลความจำเป็นไม่เป็นไปตามที่ระบุหรือพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาอาจเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตหรือขยายระยะเวลาอนุญาตได้ตามที่เห็นสมควร<sup>131</sup> ในส่วนของข้อมูลที่ได้รับจากวิธีการดังกล่าวกฎหมายวางหลักว่า บรรดาข้อมูลที่ได้มาตามวรรคหนึ่ง ให้เก็บรักษาเฉพาะข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดซึ่งได้รับอนุญาต

<sup>130</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 17

<sup>131</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 17

และให้ใช้ประโยชน์ในการสืบสวน หรือใช้เป็นพยานหลักฐานเฉพาะในการดำเนินคดีดังกล่าวเท่านั้น ส่วนข้อมูลข่าวสารอื่นให้ทำลายเสียทั้งสิ้น ทั้งนี้ ตามข้อบังคับที่อัยการสูงสุดกำหนด

นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดโทษในการกระทำการละเมิดข้อมูลกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ของบุคคลตามพระราชบัญญัตินี้ โดย มาตรา 18 ห้ามมิให้บุคคลใดที่ดำเนินการตาม มาตรา 17 เปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่ได้มา เว้นแต่เป็นข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ซึ่งได้รับอนุญาตตามมาตรา 17 และเป็นการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่หรือตามกฎหมายหรือตามคำสั่งศาล<sup>132</sup> หากฝ่าฝืนจะได้รับโทษตามมาตรา 29 คือ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>133</sup> หรือ ในมาตรา 30 ที่บัญญัติว่า ผู้ใดปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 19 หรือมาตรา 21 กระทำการนอกเหนือวัตถุประสงค์ในการสืบสวนสอบสวนตามพระราชบัญญัตินี้ เพื่อแสวงหาประโยชน์อันมิชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ให้ผู้นั้นไม่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ ถ้าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาให้ต้องระวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น<sup>134</sup>

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ได้วางหลักการคุ้มครอง สิทธิ เสรีภาพ ของบุคคลจากการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) ไว้อย่างครบถ้วนแล้ว หากจะมีการบัญญัติกฎหมายให้มีการนำวิธีการเหล่านี้ไปใช้เพื่อหาพยานหลักฐานในคดีทุจริต คอร์รัปชัน ก็สามารถที่จะนำหลักการเรื่องนี้ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ไปใช้ในกฎหมายใหม่ได้เลย

## 5. สรุปผลการวิจัยและข้อเสนอแนะ

ผลการศึกษาวิเคราะห์พบว่าปัญหาหลักของประเทศไทยนั้นคือการที่กฎหมายหลักที่เกี่ยวข้องข้องกับการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 นั้นไม่ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามมาตรา 50(1) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) ไว้ จึงทำให้เจ้าหน้าที่ต้องอาศัยเพียงวิธีการทั่วไปเพื่อการแสวงหา

<sup>132</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 18

<sup>133</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 29

<sup>134</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 30

พยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477 เท่านั้น ซึ่งวิธีการทั่วไปนั้นไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐที่เป็นอาชญากรรมที่มีความซับซ้อนได้ ส่งผลให้อาจทำให้ไม่สามารถปราบปรามการทุจริตในภาครัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ทั้งนี้การอาศัยกฎหมายพิเศษฉบับอื่นในการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐนั้น ก็ไม่สามารถกระทำได้อย่างสะดวกเนื่องจากกฎหมายพิเศษเหล่านั้นมีการจำกัดเงื่อนไขการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐาน กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีตามฐานความผิดตามกฎหมายพิเศษเหล่านั้นเท่านั้น นอกเหนือไปจากนี้ส่วนใหญ่แล้วกฎหมายพิเศษเหล่านั้นก็ไม่ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้ทั้งสามวิธีพร้อมกัน หากแต่ให้ใช้เฉพาะบางอย่างเท่านั้น จึงอาจทำให้ไม่สามารถใช้ประโยชน์จากวิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ

จากการที่ได้วิเคราะห์ข้อมูลทั้งหมดแล้วนั้น งานวิจัยชิ้นนี้ขอเสนอข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้เพื่อเป็นการสนับสนุนการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐในประเทศไทย

1. เพื่อเป็นการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐอย่างมีประสิทธิภาพ ประเทศไทยนั้นต้องอนุญาตให้มีการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 อันเป็นกฎหมายหลักในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ ทั้งนี้การดังกล่าวนั้นนอกเหนือจะเป็นการปฏิบัติตามพันธกิจในฐานะภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตแล้วนั้น ยังจะเป็นการทำให้การปราบปรามการทุจริตในภาครัฐในประเทศไทยสามารถทำได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลอีกด้วย ท้ายสุดแล้วนั้นการปฏิบัติเช่นนั้นเป็นการแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยนั้นมีความจริงจังที่จะกระทำการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐอีกด้วย

2. หากมีการอนุญาตให้มีการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 จะต้องมีการนำหลักการคุ้มครอง สิทธิ เสรีภาพ ของบุคคลจากการใช้วิธีการพิเศษเพื่อการแสวงหาพยานหลักฐานดังกล่าวของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ที่ได้กล่าวมาข้างต้นมาใช้ด้วยเพื่อเป็นหลักประกันตามกฎหมายว่าการกระทำแบบเดียวกันย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแบบเดียวกัน

3. ศาลยุติธรรมควรที่จะอาศัยหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Due Process) มากกว่าหลักการปราบปรามอาชญากรรม (Crime Control) ในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยการสืบสวนโดยมิชอบ โดยการปฏิเสธที่จะรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบดังกล่าวเพื่อผลประโยชน์ของจำเลย มากกว่ารับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวเพื่อที่จะดำเนินคดีจำเลยได้ และให้จำเลยไปฟ้องดำเนินคดีเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติการสืบสวนไม่ชอบในคดีใหม่ต่างหาก หากสามารถกระทำได้อย่างที่เสนอนั้น จะเป็นการปกป้องทั้งจำเลยและเจ้าหน้าที่สืบสวน เนื่องจากจำเลยจะไม่ถูกดำเนินคดีจากพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นและเจ้าหน้าที่เองก็จะไม่ถูกดำเนินคดีเพราะปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ นอกเหนือไปจากนี้ การดังกล่าวย่อมเป็นการสนับสนุนให้เจ้าหน้าที่นั้นต้องปฏิบัติการสืบสวนตามขั้นตอนทางกฎหมายอย่างเคร่งครัดเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานอีกด้วย

4. ในระยะยาว เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการปราบปรามการทุจริตในภาครัฐตามที่ได้วิเคราะห์ไว้ในบทที่ 4 นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติควรที่จะออกกฎหมายที่มีลักษณะเป็นกฎหมายฉบับเดียวที่ให้อำนาจสืบสวน เช่นเดียวกับในประเทศเนเธอร์แลนด์ สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) และสหรัฐอเมริกา เนื่องจากการมีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวนี้จะทำให้การอนุญาตให้ใช้วิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานนั้นถูกรวมอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับเดียวและมีสถานะเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นๆ ทั้งนี้การดังกล่าวนี้ นอกจากจะเป็นการทำให้ประเทศไทยมีกฎหมายที่ชัดเจนเกี่ยวกับอำนาจในการใช้วิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานแล้วนั้น ยังทำให้สามารถใช้วิธีการพิเศษเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการสืบสวนคดีที่มีความร้ายแรงต่างๆนอกจากการทุจริตในภาครัฐได้ด้วย เช่น การปราบปรามการอาชญากรรมองค์กรหรืออาชญากรรมที่มีความร้ายแรงอื่นๆต่อไปที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต