

บทที่ 4

การวิเคราะห์ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้จากการปฏิบัติการอำพราง และปัญหาการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจอำพราง ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญาเสพติด

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานปราบปรามยาเสพติดปฏิบัติการอำพรางแล้ว วิธีการปฏิบัติการอำพรางอันเป็นผลที่ทำให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานก็เป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาในอันที่จะทำให้พยานหลักฐานดังกล่าวนั้นรับฟังได้ตามกฎหมาย รวมถึงหลักเกณฑ์การตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าพนักงาน เพื่อให้การปฏิบัติการอำพรางเป็นไปตามหลักการได้สัดส่วนระหว่างการควบคุมอาชญากรรม(Crime Control) และหลักนิติธรรม (Due process) ในบทนี้จึงจะมุ่งวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาจากการปฏิบัติการอำพรางและการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจ

4.1 ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้จากการปฏิบัติการอำพราง

การแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงานในคดีอาญา ถือเป็นขั้นตอนหนึ่งที่มีความสำคัญเพื่อนำพยานหลักฐานที่ได้มาใช้ยืนยันการกระทำความผิดของผู้ต้องหาในชั้นศาล แต่การดำเนินการดังกล่าวย่อมอาจจะมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้นในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการแสวงหาพยานหลักฐาน ให้มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด ตามทฤษฎีของกฎหมาย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเกี่ยวกับการซึ่งนำหนักของคุณค่าระหว่างการป้องกันควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) กับ คุณค่าของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Due Process Model)

มาตรการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าพนักงาน ตัวอย่างเช่น การตรวจค้น การยึดพยานเอกสาร หรือ พยานวัตถุต่างๆ รวมถึงการใช้เทคนิคการสืบสวนพิเศษเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน จึงมีหลักในการพิจารณาว่ากรณีใดที่การกระทำของเจ้าพนักงานจะรับฟังได้ หรือกรณีใดพยานหลักฐานที่ได้มาไม่อาจรับฟังได้ ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยได้บัญญัติหลักเกณฑ์ที่สำคัญไว้ในมาตรา 226 ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้รับแนวคิดมาจากบทตัดพยาน (Exclusionary Rule) ของประเทศสหรัฐอเมริกา

การปฏิบัติการอำพรางของเจ้าพนักงานในคดียาเสพติด เป็นวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานวิธีหนึ่งของเจ้าพนักงาน ดังนั้นจึงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 226 อย่างไรก็ดีตาม กรณีการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญาวิธีพิจารณาความอาชญาพิเศษ ซึ่งแตกต่างจากการแสวงหาพยานหลักฐานโดยทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการได้มาซึ่งพยานหลักฐานจากการปฏิบัติการอำพรางย่อมต้องเกี่ยวข้องกับ การลวงให้ผู้อื่นเข้าใจเป็นอย่างอื่น ไม่ให้ทราบถึงการปฏิบัติการของเจ้าพนักงาน ดังนั้นจึงมีหลักที่จะต้องพิจารณาว่าพยานหลักฐานที่ได้มาจะรับฟังได้ตามกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้การศึกษาหลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงต้องพิจารณาจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับบทตัดพยานของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นที่มาของแนวคิดตามมาตรา 226 รวมถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) ของประเทศสหรัฐอเมริกา มาจนถึงหลักพยานหลักฐานที่ต้องห้ามมิให้รับฟังตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญาของไทย เพื่อมาเปรียบเทียบกันว่าการปฏิบัติการอำพรางของเจ้าพนักงานในคดียาเสพติดนั้น จะมีปัญหาเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาในชั้นศาลอย่างไร

4.1.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่ต้องห้ามมิให้รับฟังของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา หลักการไม่ยอมรับฟัง พยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาโดยวิธี การจับ การค้น การยึดที่มีขอบด้วยกฎหมาย เรียกว่าหลักการไม่ยอมรับฟัง (Exclusionary Rule)¹ หรืออาจเรียกว่าบทตัดพยาน โดยมีแนวคิดที่มาจากรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา มาตรา 4 (Forth Amendment) ที่กำหนดว่า สิทธิของบุคคลที่จะมีความปลอดภัยมั่นคงใน ร่างกาย เคหสถาน เอกสาร และวัตถุสิ่งของ ต่อการค้น การยึด และการจับ ที่ไม่มีเหตุอันควร จะถูกล่วงละเมิดมิได้ และห้ามมิให้มีการออกหมาย เว้นแต่จะโดยมีเหตุอันควร ซึ่งได้มาโดยการสอบสวนหรือปฏิญาณตน และหมายนั้นต้องระบุเฉพาะเจาะจงถึงสถานที่ซึ่งจะถูกต้องตรวจค้น ตัวบุคคลที่จะถูกจับ และสิ่งของที่จะถูกยึด แต่อย่างไรก็ตาม หลักการตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวยังไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างเคร่งครัดเนื่องจากยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลอาญาที่กำหนดแนวทางปฏิบัติ

¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, “หลักการไม่ยอมรับฟังพยานวัตถุ พยานเอกสาร ซึ่งได้มาจากการจับ การค้น การยึด ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกา, วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 9, น.123-126.(2521)

จนเมื่อถึงในปี ค.ศ.1961 ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาได้มีคำตัดสินในคดี Mapp v. Ohio ไว้โดยมีข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ ตำรวจจะเข้าทำการค้นบ้านของจำเลย จำเลยปฏิเสธไม่ให้ค้น และเรียกขอคู่มือค้น ตำรวจอ้างว่ามีหมายแต่อันที่จริงแล้วยังไม่ได้มีหมาย จึงได้บุกเข้าไปและค้นเจอพยานหลักฐาน และนำพยานหลักฐานนั้นเสนอเข้ามาในคดี ศาลชั้นต้นตัดสินว่าจำเลยผิดตามพยานหลักฐานที่ได้มานั้น ศาลสูงยกฟ้องโดยศาลมีคำพิพากษาอาศัยหลักการตามรัฐธรรมนูญมาตรา 4 ประกอบกับหลักนิติธรรม (Due process) ถือเป็นข้อกำหนดว่าห้ามมิให้มีการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดย วิธีการจับการค้น หรือ การยึด อันมิชอบเป็นการเด็ดขาด ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ได้มีผลบังคับใช้โดยทั่วไปในประเทศสหรัฐอเมริกาทั้งในศาลระดับรัฐ และในศาลมลรัฐทุกรัฐ เรียกว่าหลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐาน (Exclusionary Rule) จึงได้มีผลบังคับใช้อย่างเป็นทางการตั้งแต่ ปีค.ศ. 1961 เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

หลักผลไม้มือของต้นไม้ที่เป็นพิษ (Fruit of the Poisonous Tree Doctrine)

หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ (Exclusionary Rule) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการวางแนวทางต่อมาจนพัฒนาไปถึงการขยายขอบเขตที่ศาลจะไม่รับฟังดอกผลจากพยานหลักฐานชิ้นแรกที่ได้มาโดยมิชอบนั้นด้วย จุดนี้เองที่เป็นจุดเด่นที่สุดในหลัก Exclusionary Rule ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่สำคัญในการแสดงให้เห็นถึงความเคร่งครัดในการใช้หลักการดังกล่าว ดังที่ปรากฏในคดี Silverthorne Lumber Co. v. United States 252 U.S. 358 (1920) ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยว่า นอกจากพยานหลักฐานที่ได้มาโดยตรงจากการค้นโดยมิชอบจะรับฟังไม่ได้แล้ว พยานหลักฐานอื่นๆ ที่สืบเนื่องมาจากพยานหลักฐานที่ได้มาจากการค้นโดยมิชอบนั้นก็รับฟังไม่ได้เช่นเดียวกัน

จะเห็นได้ว่าศาลประเทศสหรัฐอเมริกาได้ขยายหลักการไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนี้ ออกไปครอบคลุมถึงดอกผลของพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้นด้วย โดยถือว่าพยานชิ้นหลังเป็นผลไม้มือของต้นไม้ที่เป็นพิษ(Fruit of the poisonous Tree) เนื่องจากการได้มาซึ่งพยานชิ้นแรกเป็นการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยการกระทำของเจ้าพนักงานด้วยวิธีการอันฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ ในคดี Wong Sun v. United States ก็ยังได้วินิจฉัยยืนยันในหลักการผลไม้มือของต้นไม้ที่เป็นพิษเช่นเดียวกัน ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า เจ้าพนักงานตำรวจจำนวน 6 คน ได้อำพรางตัวเป็นลูกค้าเพื่อทำการสืบสวนในความผิดเกี่ยวกับคดียาเสพติด เจ้าพนักงานได้เข้าไปในร้านให้บริการซักเสื้อผ้าของนาย Toy เพื่อจับกุมนาย Toy โดยเจ้าพนักงานได้เข้าไปในเขตที่เป็นที่อยู่อาศัยด้านหลังร้านและเป็นที่พักผ่อนของภริยาและลูกของนาย Toy เจ้าพนักงานได้พบตัวนาย Toy และได้จับกุมใส่กุญแจมือ ต่อมานาย Toy จึงบอกกับเจ้าพนักงานว่านาย Yee

เป็นผู้ขายยาเสพติดให้แก่ตน เจ้าพนักงานจึงไปพบนาย Yee ในทันที ซึ่งต่อมานาย Yee ได้ยอมมอบยาเสพติดคือเฮโรอีนแก่เจ้าพนักงาน และให้การนำไปสู่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการค้าเฮโรอีนด้วยก็คือ นาย Wong Sun ซึ่งเป็นบุคคลที่สาม ศาลสูงสหรัฐได้ตัดสินว่า คำให้การของนาย Toy ที่อยู่ในระหว่างการไต่ถามในห้องนอน และยาเสพติดที่ได้จากนาย Yee ซึ่งได้เพราะคำให้การของนาย Toy นั้นเป็นพยานหลักฐานที่ไม่อาจรับฟังได้ เพราะเป็นผลที่ได้มาจากการที่เจ้าพนักงานได้เข้าไปในห้องนอนของนาย Toy โดยมีชอบด้วยกฎหมาย จึงพิพากษายกฟ้องนาย Wong Sun

อย่างไรก็ตาม หลักในเรื่องนี้ก็มีข้อยกเว้นเช่นเดียวกัน กล่าวคือ แม้พยานหลักฐานขึ้นหลังซึ่งได้มาเพราะพยานหลักฐานขึ้นแรกอันได้มาโดยมิชอบนั้น อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ หากเป็นกรณีดังจะกล่าวต่อไปนี้² คือ

ก. กรณีที่จะต้องมี การค้นพบพยานขึ้นนั้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ (Inevitable Discovery)

พยานขึ้นหลัง (Derivative evidence) ที่ได้มาเพราะพยานหลักฐานขึ้นแรกอาจจะใช้รับฟังได้ ถ้าพยานขึ้นหลังนั้นจะต้องถูกค้นพบอย่างแน่นอน แม้ว่าจะไม่มีการได้มาซึ่งพยานขึ้นแรกก็ตาม ตัวอย่างเช่น ถ้าบันทึกของนาย ก ระบุว่าเอาปืนของกลางไปทิ้งไว้ในตู้ไปรษณีย์ ปืนของกลางนั้นก็อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ เพราะมีระเบียบบังคับให้พนักงานไปรษณีย์ต้องนำสิ่งของแปลกปลอมต่างๆ ส่งให้เจ้าพนักงานตำรวจโดยเร็วเมื่อพบสิ่งของนั้นๆ ด้วยเหตุนี้เจ้าพนักงานตำรวจก็จะต้องได้พบปืนของกลางนั้นอย่างแน่นอน แม้ว่าจะไม่ทราบถึงที่ซ่อนของปืนนั้น จากบันทึกของนาย ก ที่ได้มาเพราะการตรวจค้นบ้านของนาย ก. โดยมิชอบก็ตาม

ข. กรณีที่จะต้องมี การค้นพบพยานขึ้นนั้นจากแหล่งอิสระ (Independent Source)

พยานขึ้นหลังอาจใช้รับฟังได้ ถ้าอัยการสามารถพิสูจน์ได้ว่าจะมีการค้นพบพยานขึ้นหลังอยู่นั้นเองจากแหล่งหรือวิธีการอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวพันกับพยานขึ้นแรกนั้น เช่น ตามกรณีบันทึกของนาย ก. ข้างต้น ถ้าอัยการสามารถพิสูจน์ได้ว่าผลการสืบสวนสอบสวนของตำรวจจะนำไปสู่การค้นพบปืนของกลางนั้นอยู่แล้ว เช่น ตำรวจได้สอบปากคำพยานผู้รู้เห็นเหตุการณ์ตอนที่จำเลยนำปืนไปทิ้ง และตำรวจพอจะทราบแล้วว่าปืนนั้นอยู่ที่ใด ซึ่งในที่สุดตำรวจก็คงจะหาปืนนั้นพบ แม้ว่าจะไม่มีการค้นและยึดบันทึกส่วนตัวของนาย ก. ก็ตาม

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบนั้น เป็นการคุ้มครองหรือให้หลักประกันต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ คือ การยับยั้งมิให้เจ้าพนักงานล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่จำเป็น ดังที่ท่านผู้พิพากษา ได้ให้

² เฟ็งอ้าง, น.129.

ความเห็นในคดี Mapp v. Ohio ที่เห็นว่า ไม่มีสิ่งใดที่จะทำลายรัฐได้รวดเร็วไปกว่าการที่รัฐไม่ปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐเอง หรือสิ่งที่เลวร้ายไปกว่านั้นคือการที่รัฐไม่เคารพบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งเป็นต้นกำเนิดของรัฐเอง

4.1.2 หลักการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment)

หลักการล่อให้กระทำความผิด หรือ Entrapment ของประเทศสหรัฐอเมริกา³ มีการวางหลักโดยศาลสูงสหรัฐอเมริกาจากคดี Sherman v. United States (1958) ข้อเท็จจริงคดีนี้คือ นายเชอร์แมน ได้พบกับสายลับของเจ้าหน้าที่ ที่สถานบำบัดยาเสพติด โดยสายลับดังกล่าวได้รบเว้านาย Sherman หลายครั้งว่าขอให้ช่วยแนะนำแหล่งที่ซื้อยาเสพติดให้ นาย Sherman ได้ปฏิเสธการพูดคุยเรื่องดังกล่าวอยู่หลายครั้ง จนกระทั่งวันหนึ่งนาย Sherman ได้เสนอตัวจะขายยาเสพติดให้ และนำยาเสพติดมาให้สายลับโดยคิดราคายาเสพติดพร้อมค่าใช้จ่ายในการจัดหาอยู่หลายครั้ง สายลับจึงได้ติดต่อเจ้าหน้าที่ เจ้าหน้าที่มาเป็นพยานในการโอนเงินค่ายาเสพติดให้นาย Sherman มากกว่า 3 ครั้ง จนนำไปสู่การจับกุม นาย Sherman เพื่อดำเนินคดี ศาลเห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นการ Entrapment โดยเจ้าหน้าที่ จึงได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า การล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) คือการล่อลวงให้บุคคลผู้ซึ่งไม่เคยคิดสนใจหรือจะตกลงใจจะกระทำความผิดให้กระทำความผิด โดยมีจุดประสงค์เพื่อที่จะดำเนินคดีบุคคลนั้น³

จะเห็นได้ว่ากรณีที่เป็นไปตามหลักนี้คือ การกระทำของเจ้าหน้าที่อันเป็นการก่อให้เกิดบุคคลที่ไม่มีความคิดจะก่ออาชญากรรมมาก่อนเลย กระทำความผิด เนื่องจากทนการชักจูงหรือถูกรุมเร้าจากเจ้าหน้าที่ไม่ได้ เพื่อที่จะนำตัวบุคคลนั้นมาดำเนินคดี ซึ่งโดยปกติแล้วบุคคลดังกล่าวไม่มีเคยกระทำความผิดเช่นนั้นมาโดยปกติ

ข้อจำกัดของการนำหลัก Entrapment ไปปรับใช้

ก. การอ้างหลัก Entrapment ใช้เฉพาะกับคดีที่ไม่มีผู้เสียหาย (คดีที่รัฐเท่านั้นเป็นผู้เสียหาย) ยกตัวอย่างเช่น ในคดีจำหน่ายยาเสพติด แต่ไม่สามารถใช้เป็นข้ออ้างยกเว้นความรับผิดชอบในกรณีการกระทำความผิดร้ายแรงต่อบุคคลอื่น เช่น การฆ่า ทำร้ายร่างกาย หรือการข่มขืน

³ Michael D. Lyman, “Entrapment is the procurement of someone to commit a crime that he or she did not contemplate or would not have commit, for the sole purpose of prosecution them” ,(Criminal Investigation the art and the science,2002), p.452.

ข. บุคคลที่กระทำการล่อให้กระทำความผิด อันจะถูกยกเป็นข้อต่อสู้ว่าเป็นการ Entrapment นั้น เฉพาะแต่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้บังคับใช้กฎหมาย หรือบุคคลผู้ทำหน้าที่ช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ตามคำสั่งเท่านั้น ผู้ต้องหาจะไม่สามารถอ้างการกระทำของบุคคลทั่วไป เพื่อยกเว้นความรับผิดตามหลักนี้ได้

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าการที่จำเลยจะอ้างว่าการกระทำของตนเกิดขึ้นเพราะการ Entrapment ของเจ้าหน้าที่ จำเลยต้องยอมรับว่า ตนได้ทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหาแล้วเท่านั้น หลักการพิจารณาเรื่องการล่อให้กระทำความผิด

ก. พิจารณาโดยอัตตะวิสัย (Traditional Subjective Standard)

แต่เดิมการพิจารณาว่าการล่อให้กระทำความผิดหรือ Entrapment จะเกิดขึ้นเมื่อเจ้าหน้าที่รัฐก่อเจตนาที่จะกระทำความผิด ให้แก่บุคคลผู้ไม่มีความคิดที่จะกระทำความผิดมาก่อน แต่อย่างไรก็ตาม โดยพิจารณาจากตัวบุคคลผู้กระทำความผิดว่าการกระทำนั้นน่าจะมีสาเหตุจากการที่เจ้าหน้าที่ก่อให้เกิดความคิดที่จะกระทำในใจของผู้กระทำความผิดหรือไม่ (ดูว่ามีการปลุกฝังเจตนาที่จะกระทำความผิดให้ผู้ต้องหาหรือไม่)

ข. พิจารณาโดยภาวะวิสัย (Modern Objective Standard)

ในหลักเกณฑ์ใหม่ การพิจารณาเรื่อง Entrapment จะพิจารณาจากการกระทำที่เป็น การกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่เป็นหลักว่าเจ้าหน้าที่มีการกระทำใดที่จะเป็นการก่อให้เกิดการ กระทำความผิดขึ้นหรือไม่

จะเห็นได้ว่าหลักการล่อให้กระทำความผิดหรือ Entrapment ของประเทศ สหรัฐอเมริกานั้น มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอยู่ที่ว่า กรณีดังกล่าวคือการกระทำของเจ้าหน้าที่ในการล่อให้บุคคลที่ไม่มีความคิดที่จะกระทำความผิดมาก่อนตกลงใจที่จะกระทำความผิด โดยมี วัตถุประสงค์เพื่อจะดำเนินคดีต่อบุคคลนั้น ทั้งนี้เฉพาะการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐในคดีที่ไม่มี ผู้เสียหายและผู้ต้องหาที่อ้างเหตุนี้เพื่อเป็นการยกเว้นความรับผิดต้องยอมรับว่าตนได้กระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหาแล้วเท่านั้น

มีความเห็นว่าการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) ของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ผู้กระทำความผิดอาจยกขึ้นอ้างเพื่อเป็นเหตุยกเว้นความรับผิด แต่หากเทียบกับหลักกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยนั้น มีความเห็นว่าการล่อให้กระทำความผิดโดย เจ้าพนักงานหรือตัวแทน ถือว่าเป็นการขัดต่อรัฐประศาสนโยบายแล้ว เท่ากับเป็นการบังคับรัฐมิให้ ดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิด เช่น ไม่ฟ้องผู้กระทำหรือถอนฟ้องหากปรากฏข้อเท็จจริงขึ้น ภายหลัง อย่างไรก็ตามหากมีการฟ้องคดีนั้นอยู่ หากปรากฏข้อเท็จจริงในระหว่างการพิจารณาคดี ศาลก็น่าจะไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานใดๆ อันได้มาจากการกระทำความผิดซึ่งเกิดจากการ

ล่อซื้อโดยเจ้าพนักงานหรือตัวแทนนั้น โดยถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ ตามมาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและยกฟ้องคดีนั้นไป⁴

4.1.3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่ต้องห้ามรับฟังในประเทศไทย

ในประเทศไทยได้มีการบัญญัติ เรื่องการรับฟังพยานหลักฐานโดยพิเคราะห์ถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของจำเลยไว้⁵ โดยมีการนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของจำเลย มิให้รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่มาลงโทษจำเลย ซึ่งได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ในมาตรา 226 ว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้แต่ ต้องเป็นพยานหลักฐานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น...”

และ มาตรา 226/1 บัญญัติว่า “ในกรณีความปรากฏแก่ศาลว่า พยานหลักฐานใดเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบแต่ได้มาเนื่องจากการกระทำโดยมิชอบ หรือเป็นพยานหลักฐานที่ได้มาโดยอาศัยข้อมูลที่เกิดขึ้นหรือได้มาโดยมิชอบ ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานนั้น เว้นแต่การรับฟังพยานหลักฐานนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการอำนวยความสะดวกยุติธรรมมากกว่าผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งคดี โดยคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ดังต่อไปนี้ด้วย

- (1) คุณค่าในเชิงพิสูจน์ ความสำคัญ และความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น
- (2) พฤติการณ์และความร้ายแรงของความผิดในคดี
- (3) ลักษณะและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยมิชอบ
- (4) ผู้ที่กระทำการโดยมิชอบอันเป็นเหตุให้ได้พยานหลักฐานมานั้น ได้รับการลงโทษหรือไม่เพียงใด...”

⁴ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พลสยามพริ้นติ้ง (ประเทศไทย), 2551) , น.486-487.

⁵ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน พยานหลักฐานที่ต้องห้ามมิให้รับฟัง, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550) , น.31.

พิจารณาได้ว่าประเทศไทยได้นำหลักเกณฑ์การไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบหรือบทตัดพยาน (Exclusionary Rule) ของสหรัฐอเมริกา มาบัญญัติไว้ใน การพิจารณา รับฟังพยานหลักฐาน เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะไม่ถูกลงโทษจาก พยานหลักฐานที่ได้จากการกระทำอันมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐ แต่ยังมีบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ตามมาตรา 226/1 ให้ศาลมีดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบแต่เกิดขึ้นโดย ชอบนั้นได้ โดยคำนึงถึงประโยชน์แห่งความยุติธรรมกับผลเสียอันเกิดจากผลกระทบต่อมาตรฐาน ของระบบงานยุติธรรมทางอาญาหรือสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งก็คือการพิจารณาความได้ สัดส่วนระหว่างการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) กับสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลัก นิติธรรม หรือ Due Process นั้นเอง

หลักการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) ในประเทศไทย

ในประเทศไทยได้มีความเห็นเกี่ยวกับ การล่อให้กระทำความผิดโดยเจ้าพนักงาน โดยมีความเห็นว่าการแสวงหาพยานหลักฐานโดยวิธีการดังกล่าวมีผลให้พยานหลักฐานที่ได้มา รับฟังไม่ได้ตามมาตรา 226 เนื่องจากเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ โดยทั่วไป คล้ายกับหลัก Entrapment ของสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม ในประเทศไทยยังไม่มีหลัก กฎหมายเรื่องการล่อให้กระทำความผิดบัญญัติไว้เป็นหลักเกณฑ์แน่นอน และยังไม่มีความพิพากษา ศาลฎีกาในเรื่องดังกล่าววางหลักไว้อย่างชัดเจน หากแต่มีแนวคำพิพากษาที่พอเทียบเคียงได้ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4301/2543 ข้อเท็จจริงมีว่า “นาย ส. ซึ่งได้รับมอบหมายจาก โจทก์ให้ไปล่อซื้อคอมพิวเตอร์ที่ติดตั้งโปรแกรมที่ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ นาย ส. ได้ไปที่ร้าน คอมพิวเตอร์แห่งหนึ่งเพื่อขอซื้อคอมพิวเตอร์โดยระบุว่าต้องการให้ลงโปรแกรมของโจทก์ อันเป็น การละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ ทางร้านซึ่งโดยปกติแล้วจะขายคอมพิวเตอร์ที่ประกอบเสร็จโดยไม่มี การลงโปรแกรมอันละเมิดลิขสิทธิ์ แต่พนักงานขายของร้านได้ทำตามความต้องการของนาย ส. โดยไปนำโปรแกรมละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีขายอยู่ทั่วไป มาลงในเครื่องคอมพิวเตอร์ที่จะส่งมอบให้นาย ส. ศาลฎีกาเห็นว่าพยานหลักฐานของโจทก์แสดงให้เห็นว่าการทำซ้ำหรือบันทึกโปรแกรม คอมพิวเตอร์ของโจทก์ลงในเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ ส. ล่อซื้อนั้น เป็นการกระทำซ้ำภายหลังจากวันที่ ได้ล่อซื้อไปแล้ว โดยเป็นการทำเพื่อมอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้ตามที่นาย ส. ได้ล่อซื้อนั่นเอง มิใช่เป็นการทำซ้ำโดยมีเจตนากระทำความผิดอยู่ก่อนการล่อซื้อ ดังนั้นเชื่อว่าการกระทำความผิด ดังกล่าวเกิดขึ้นเนื่องจากนาย ส. ซึ่งได้รับจ้างให้ล่อซื้อจากโจทก์ เท่ากับว่าโจทก์เป็นผู้ก่อให้เกิด การกระทำความผิดขึ้น โจทก์ย่อมไม่อยู่ในฐานะเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย....”

ท่านอาจารย์เกียรติขจร มีความเห็นในหมายเหตุคำพิพากษานี้ว่า ในกรณีนี้ศาล วินิจฉัยโดยเห็นว่า โจทก์เป็นผู้ก่อให้เกิดการกระทำความผิด ดังนั้นโจทก์จึงไม่อยู่ในฐานะเป็น

ผู้เสียหายโดยนิตินัย เมื่อเปรียบเทียบกับหลัก Entrapment ของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว แม้ว่าเรื่องนี้จะมีการยกฟ้องโดยอาศัยหลักการอย่างเดียวกัน คือยกฟ้องเนื่องจากการชักจูงหรือกระตุ้นให้จำเลยที่ไม่ได้ตั้งใจจะกระทำผิดตั้งแต่แรกให้กระทำผิด แต่ก็มีข้อแตกต่างกัน ประการแรกคือกรณีนี้มิใช่เป็นกรณีที่จำเลยยกเป็นข้อต่อสู้แต่ศาลฎีกาหยิบมาวินิจฉัยเอง ประการที่สองหลัก Entrapment ต้องเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ในคดีนี้มีโจทก์ซึ่งเป็นเอกชนดำเนินการให้มีการล่อซื้อ ประการสุดท้าย ผลทางกฎหมายของหลัก Entrapment คือศาลจะยกฟ้องเนื่องจากจำเลยไม่ได้กระทำความผิด ส่วนการยกฟ้องในคดีนี้ ศาลพิพากษายกฟ้องเนื่องจากโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง เพราะไม่ใช่ผู้เสียหายโดยนิตินัย

มีข้อสังเกตว่า หากการกระทำดังกล่าวเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผลทางกฎหมายจะเป็นอย่างไร ซึ่งเห็นว่าในกรณีนี้จะถือว่าการล่อให้กระทำความผิดหรือ Entrapment ซึ่งยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในศาลไทยวินิจฉัยไว้ แต่อย่างไรก็ตามผลทางกฎหมายน่าจะเป็นไปตามมาตรา 226 โดยถือว่าพยานหลักฐานนั้นได้มาโดยมิชอบ ทำให้พยานหลักฐานนั้นรับฟังไม่ได้ เพื่อเป็นการปรามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ

4.1.4 ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้จากการปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด

สำหรับปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้จากการปฏิบัติการอำพรางของเจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติดนั้น ดังที่กล่าวมาแล้วว่ามาตรา 7 กำหนด วิธีและขั้นตอนการขออนุญาตอำพรางเพื่อสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด โดยเมื่อผู้มีอำนาจได้อนุญาตให้มีการอำพรางแล้ว ตามวรรค 5 ของมาตราดังกล่าวได้กำหนดไว้ว่า “การกระทำและพยานหลักฐานที่ได้มาจากการอำพรางของเจ้าพนักงานตามมาตรานี้ให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้” ซึ่งเสมือนเป็นการกำหนดเงื่อนไขว่าหากปฏิบัติการอำพรางของเจ้าพนักงานได้ขออนุญาตถูกต้องตามมาตรานี้แล้ว พยานหลักฐานที่ได้มาให้รับฟังได้

ทั้งนี้ ในวรรค 4 ของมาตราดังกล่าวยังได้กำหนดให้ ต้องมีกฎกระทรวงออกมาเพื่อควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจด้วย แต่เมื่อพิจารณาถึง ร่างกฎกระทรวงที่ออกมาแล้ว พบว่ามีการอธิบายถึงเฉพาะหลักเกณฑ์การอำพราง โดยแบ่งการอำพรางออกเป็น 3 ประเภท คือ การแทรกซึมหรือฝังตัวเข้าไปในชายงานหรือองค์กรอาชญากรรมยาเสพติดอย่างต่อเนื่องและเป็นระยะเวลานาน การล่อซื้อยาเสพติดหรือปฏิบัติการอำพรางอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นครั้งคราวชั่วระยะเวลา

หนึ่ง และการล่อซื้อยาเสพติดหรือปฏิบัติการอำพรางอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งสามารถดำเนินการได้ แล้วเสร็จในคราวเดียว รวมถึงกำหนดวิธีการขออนุญาตและการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจ

เห็นได้ว่าในร่างกฎกระทรวงดังกล่าว ไม่ได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่ได้มาจากการอำพรางซึ่งในมาตรา 7 วรรค 5 ที่ให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ว่าหลักเกณฑ์การได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยวิธีการอำพรางนั้นมีแนวปฏิบัติอย่างไร ดังนั้นจากจึงอาจมีปัญหาในทางปฏิบัติ

จากการพิจารณาหลักกฎหมายดังกล่าวเจ้าพนักงานอาจเข้าใจได้ว่าการปฏิบัติการอำพรางของเจ้าพนักงานที่ได้รับอนุญาตให้อำพรางถูกต้องตามกฎหมายนั้น การกระทำและพยานหลักฐานที่ได้มาจากการอำพรางสามารถรับฟังได้ทุกกรณี

จากหลักการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาญาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ซึ่งบัญญัติว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลย มีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้แต่ต้องเป็นพยานหลักฐานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการ จูงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น และให้สืบตามบทบัญญัติแห่ง ประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน”

โดยมาตรานี้ ได้รับแนวคิดมาจากหลัก Exclusionary Rule หรือหลักการตัดพยาน ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมองว่าพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยมิชอบ ย่อมไม่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ เปรียบเสมือนผลไม้อันเกิดจากต้นไม้ที่เป็นพิษ (Fruit Of The Poisonous tree) อันเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญในบทตัดพยานของประเทศสหรัฐอเมริกา

การที่เจ้าพนักงานได้รับอนุญาตให้ปฏิบัติการอำพรางซึ่งตามมาตรา 7 ได้ให้ ความหมายว่า คือ การดำเนินการทั้งหลายเพื่อปิดบังสถานะหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการ โดยลวงผู้อื่นให้เข้าใจไปทางอื่น หรือเพื่อมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน

จะเห็นได้ว่าการปฏิบัติการอำพรางย่อมเป็นการหลอกลวงเพื่อให้ได้มา ซึ่งพยานหลักฐานจากผู้กระทำความผิดหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง

ดังนั้นการกำหนดให้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยการหลอกลวงนั้นรับฟังได้โดยถือว่าเป็น การใช้เทคนิคการสืบสวนพิเศษ จึงเสมือนเป็นข้อยกเว้นของมาตรา 226 ตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา ในแง่ของพยานหลักฐานที่ได้มาจากการหลอกลวงของเจ้าพนักงานที่ ได้รับอนุญาตให้อำพรางตามกฎหมายให้รับฟังได้

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงความหมายของการอำพรางนั้นมีความหมายกว้างกว่า เพียงการหลอกลวงของเจ้าพนักงานเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน หากแต่หมายรวมถึงการ ดำเนินการทั้งหลายเพื่อปิดบังสถานะ เพื่อมิให้รู้ความจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของ

เจ้าพนักงานดั่งนั้น อาจมีปัญหาในกรณีที่ว่า การปฏิบัติการอำพรางของเจ้าพนักงานหากล่วงไปถึงขั้นที่เป็นการก่อให้เกิดการกระทำความผิด พยานหลักฐานที่ได้มาจะรับฟังได้หรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น

กรณีเจ้าหน้าที่อำพรางที่ได้รับอนุญาตให้อำพรางตามกฎหมาย เข้าไปติดต่อขอซื้อยาเสพติดจากบุคคลซึ่งไม่ได้เป็นผู้ขายยาเสพติดโดยปกติ แต่บุคคลนั้นรู้จักผู้ขายจึงสามารถแนะนำผู้ขายให้ได้ เมื่อเจ้าหน้าที่ได้รับยาเสพติดแล้วจึงแสดงตัวเข้าจับกุมทั้งผู้ขายและผู้ติดต่อเป็นตัวการร่วมกันกระทำความผิด

กรณีเจ้าหน้าที่อำพรางที่ได้รับอนุญาตให้อำพรางตามกฎหมายไปเสนอให้นาย ก. ไปรับยาเสพติดจากสายลับของเจ้าหน้าที่เพื่อนำมามอบให้เจ้าหน้าที่โดยเสนอเงินค่าขนส่งยาเสพติดตอบแทน เมื่อนาย ก. นำยาเสพติดมาให้ก็จ่ายค่าตอบแทน แล้วทำการจับกุมโดยอ้างว่าเป็นการล่อซื้อยาเสพติด

กรณีเจ้าหน้าที่อำพรางที่ได้รับอนุญาตให้อำพรางตามกฎหมาย เข้าไปแฝงตัวกับกลุ่มนักค้ายาเสพติด โดยที่กลุ่มนั้นเคยค้าขายยาเสพติดจริง แต่เพียงขายรายย่อยในชุมชน เจ้าหน้าที่อำพรางเป็นผู้ติดต่อผู้ค้ารายใหญ่ให้ส่งยาเสพติดจำนวนมากๆ ให้แก่กลุ่มนักค้านั้น หรือจัดหาอุปกรณ์เครื่องมือการผลิตยาเสพติดให้กลุ่มนักค้ารายย่อย แล้วจึงดำเนินการจับกุมแจ้งข้อหาผลิตยาเสพติด เป็นต้น

ในกรณีดังกล่าวมีปัญหาว่าการปฏิบัติการอำพรางของเจ้าพนักงานนั้น ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นขณะอำพราง สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้หรือไม่

ในกรณีนี้มีหลักกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดจากการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งอาจนำมาใช้พิจารณาประกอบได้ โดยในคดีของศาลสูงสหรัฐอเมริกา ระหว่าง Sherman v. United States (1958) ได้วางหลักของการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) ว่า คือการล่อลวง ให้บุคคลผู้ซึ่งไม่เคยคิดสนใจหรือจะตกลงใจจะกระทำความผิด ให้กระทำความผิด เพื่อจุดประสงค์ที่จะดำเนินคดีบุคคลนั้น

รวมถึงแนวคำพิพากษาของศาลไทยโดยทั่วไป ศาลจะยอมรับวิธีการล่อซื้อ เว้นแต่การล่อซื้อนั้นจะถึงกับเป็นการชักชวนคนที่ไม่มีเจตนากระทำความผิดเลยให้กระทำความผิด⁶ ซึ่งก็ตรงกับหลัก Entrapment นั้นเอง ยกตัวอย่าง เช่น นายแดงไม่เคยมีความคิดจะขายเฮโรอีนมาก่อนเลย แต่มีตำรวจมาคะยั้นคะยอให้ไปช่วยหาเฮโรอีนมาให้โดยจะจ่ายราคาอย่างงามจนนายแดงทน

⁶ เฟิงอ้วง , น.41.

ไม่ไหว เพราะอยากได้เงินจึงไปหาเฮโรอีนมาให้ ดังนั้นถือว่าการกระทำของนายแดงเกิดจากการถูกล่อให้กระทำผิด นายแดงไม่ต้องรับโทษ⁷

มีความเห็นว่า ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยมีเจตนาจะกระทำความผิดเรื่องนั้นอยู่ก่อนแล้ว หรือว่ามีพฤติการณ์กระทำความผิดเรื่องนั้นอยู่ก่อนแล้ว แต่เจ้าพนักงานของรัฐหรือผู้เสียหายไม่มีพยานหลักฐานดำเนินคดีกับผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นได้ จึงต้องใช้วิธีล่อซื้อเพื่อจับกุมผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดี โดยเจ้าพนักงานเป็นผู้ล่อซื้อ ก็เป็นการกระทำโดยชอบพยานหลักฐานที่ได้มาจากการล่อซื้อ จึงเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้⁸ เมื่อนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาพิจารณาเรื่องการปฏิบัติการอำนาจของเจ้าพนักงานผู้ได้รับอนุญาตจึงอาจแยกพิจารณาได้ว่า

กรณีที่เจ้าพนักงานอำนาจเข้าไปติดต่อกับ หรือร่วมกระทำความผิดเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน โดยผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดไปเป็นประจําอยู่แล้ว ไม่ได้เริ่มกระทำความผิดเพราะการชักชวนของเจ้าพนักงาน กรณีนี้เป็นการล่อซื้อเพื่อให้พบการกระทำความผิดที่มีอยู่แล้ว จึงอาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้

ส่วนในกรณีที่เจ้าพนักงานเป็นผู้ก่อให้เกิดการกระทำความผิดเกิดขึ้น ถึงขนาดที่ไปชักจูงให้คนที่ไม่ได้ตั้งใจที่จะกระทำความผิด ตกใจกระทำความผิดเพราะทนการชักจูงไม่ได้ ในกรณีนี้เห็นว่าเป็นการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) พยานหลักฐานที่ได้มานั้นไม่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดได้

จะเห็นได้ว่า ปัญหาเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่ได้จากการอำนาจของเจ้าพนักงานผู้ได้รับอนุญาตตามมาตรา 7 นั้น คือกรณีที่เจ้าพนักงานผู้ได้รับอนุญาตให้ปฏิบัติการอำนาจดังกล่าวกระทำการก้าวล่วงจากขอบเขตที่กำหนด จนการปฏิบัติการอำนาจนั้นเป็นการก่อให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น โดยเทียบเคียงได้กับหลักการล่อให้กระทำความผิด หรือ Entrapment ของสหรัฐอเมริกา พยานหลักฐานที่ได้มาจากการปฏิบัติการอำนาจดังกล่าวจะไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ แม้จะมีการกำหนดตามมาตรา 7 วรรค 5 ว่า “การกระทำและพยานหลักฐานที่ได้มาจากการอำนาจของเจ้าพนักงานตามมาตรา 7 นี้ให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้” ก็ตาม

⁷ จิตติ ติงศภักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 2, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน), น.667-670.

⁸ จรัญ ภัคดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยาน, จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2548, น.268-269.

ดังนั้นผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า การที่เจ้าพนักงานได้รับอนุญาตให้ปฏิบัติการอำพรางตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม แต่จะมีหลักกฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 7 วรรค 5 ว่า การกระทำและพยานหลักฐานที่ได้มาจากการปฏิบัติการอำพรางให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ก็ตาม แต่การกระทำของเจ้าพนักงานเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในระหว่างการปฏิบัติการอำพรางนั้น ต้องไม่เป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายโดยประการอื่นเว้นแต่จะได้มาเนื่องจากการปฏิบัติการอำพรางตามที่ได้รับอนุญาต ตัวอย่างเช่น การใช้กำลังหรือขู่เข็ญบุคคลอื่น เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในระหว่างการปฏิบัติการอันเป็นการนอกเหนือจากเรื่องอำพรางที่ตนได้สร้างขึ้น และการปฏิบัติการอำพรางนั้นจะต้องไม่เป็นการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) คือ เจ้าพนักงานต้องไม่เป็นผู้ก่อให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นโดยผู้กระทำความผิดมิได้มีเจตนาที่จะกระทำความผิดมาก่อนเลย โดยมีจุดประสงค์เพื่อจะดำเนินคดีต่อบุคคลนั้นและทั้งนี้ในระหว่างการปฏิบัติการอำพรางของเจ้าพนักงานต้องกระทำด้วยความระมัดระวังเพื่อให้ละเมิดต่อกฎหมายน้อยที่สุดตามหลักความได้สัดส่วนระหว่างการควบคุมอาชญากรรมและหลักนิติธรรม มิฉะนั้นกรณีต่างๆ ดังกล่าว ศาลอาจจะเห็นว่าเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบได้ ซึ่งมีผลทำให้พยานหลักฐานที่ได้มาไม่อาจรับฟังได้ในชั้นศาลตามมาตรา 226 และนอกจากนี้เจ้าพนักงานยังอาจถูกดำเนินคดีอาญาในกรณีปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบได้อีกด้วย

4.2 ปัญหาการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจอำพรางของเจ้าพนักงาน

มาตรา 7 วรรคที่ 3 ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรมได้กำหนดให้ต้องมีมาตรการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจการปฏิบัติการอำพรางของเจ้าพนักงานไว้ในกฎกระทรวง ซึ่งตามร่างกฎกระทรวง กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการอำพราง ซึ่งออกตามความในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม ได้กำหนดหลักเกณฑ์การตรวจสอบการใช้อำนาจไว้โดยอาจแบ่งได้เป็น 2 ขั้นตอน คือ การตรวจสอบในขั้นตอนการขออนุญาตอำพราง และการตรวจสอบการใช้อำนาจอำพรางของเจ้าพนักงานภายหลังได้รับอนุญาต

4.2.1 การตรวจสอบในขั้นตอนการขออนุญาตอำพราง

ในข้อ 3 ของร่างกฎกระทรวงฯ กำหนดว่าการปฏิบัติการอำพรางให้พิจารณาอนุญาตได้เพื่อการสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดข้อหา ผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย มีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย สมคบ สนับสนุน ช่วยเหลือหรือพยายามกระทำความผิดดังกล่าว

หรือมีพฤติการณ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดในลักษณะข้างานหรือองค์กรอาชญากรรม ยาเสพติด ประกอบกับมีเหตุควรเชื่อว่าจะได้ข้อมูลหรือพยานหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดจากการปฏิบัติการอำพราง

ในข้อ 14 กำหนดกรณีจำเป็นเร่งด่วนและมีเหตุอันสมควรให้เจ้าพนักงานมีอำนาจปฏิบัติการอำพรางไปก่อนและรายงานโดยระบุเหตุจำเป็นเร่งด่วนโดยเร็ว ทั้งนี้ต้องไม่เกิน 3 วันนับแต่วันที่เริ่มมีการอำพราง

ในข้อ 11 ได้กำหนดเรื่องการพิจารณาคำขออนุญาตอำพราง โดยต้องพิจารณาเหตุผลความจำเป็นประกอบ ดังนี้

1. เป็นเรื่องสำคัญ และเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามยาเสพติด
2. มีข้อมูลเกี่ยวกับพฤติการณ์ของนักค้ายาเสพติดรายสำคัญหรือผู้เกี่ยวข้องตามสมควร ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการสืบสวนจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด
3. การสืบสวนจับกุมด้วยวิธีอื่นกระทำได้ยาก หรืออาจเกิดภัยอันตรายหรือความเสียหาย ในการปฏิบัติหน้าที่

กรณีมีเหตุจำเป็นอย่างอื่นเพื่อประโยชน์ในการขยายผลจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่อยู่เบื้องหลัง

สำหรับผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาต ในกรณีเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้มีอำนาจคือ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติหรือนุคคลผู้ได้รับมอบหมาย ส่วนเจ้าพนักงานในหน่วยงานอื่นผู้มีอำนาจอนุญาต คือเลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดหรือผู้ได้รับมอบหมาย

โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำขอตามข้อ 3 คือ การขออนุญาตต้องเป็นการอำพรางเพื่อสืบสวนความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดข้อหาที่กำหนด และมีเหตุควรเชื่อว่าจะได้ข้อมูลหรือพยานหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดจากการอำพราง

กรณีขออำพรางภายหลังการปฏิบัติการ ต้องมีรายงานระบุเหตุจำเป็นเร่งด่วนและต้องไม่เกิน 3 วันนับแต่ปฏิบัติการอำพราง

รวมถึงในการพิจารณาอนุญาตต้องมีเหตุผลความจำเป็นตามที่กำหนด คือ เป็นเรื่องสำคัญ และเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปราบปรามยาเสพติด มีข้อมูลเกี่ยวกับพฤติการณ์ของนักค้ายาเสพติดรายสำคัญหรือผู้เกี่ยวข้องตามสมควร ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการสืบสวนจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดและการสืบสวนจับกุมด้วยวิธีอื่นกระทำได้ยาก หรืออาจเกิดภัยอันตรายหรือความเสียหาย ในการปฏิบัติหน้าที่ หรือกรณีมีเหตุจำเป็นอย่างอื่นเพื่อประโยชน์ในการขยายผลจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่อยู่เบื้องหลัง

ปราบปรามยาเสพติดหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมาย ส่วนกรณีการตรวจสอบการใช้อำนาจภายหลังการปฏิบัติการอำนาจนั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดผู้มีอำนาจตรวจสอบไว้ เพียงแต่ให้เจ้าพนักงานรายงานผลการปฏิบัติการไปยังผู้มีอำนาจให้ทราบภายใน 3 วันนับยุติการปฏิบัติการ จึงพิจารณาได้ว่าผู้มีอำนาจตรวจสอบการปฏิบัติการอำนาจภายหลังจากยุติการปฏิบัติการแล้ว ว่าการปฏิบัติการดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็เป็นการพิจารณาในชั้นศาลนั่นเอง

ดังนั้นเมื่อวิเคราะห์ปัญหาในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจอำนาจของเจ้าพนักงานพบว่าในกรณีที่เจ้าพนักงานที่ได้รับอนุญาตให้ปฏิบัติการอำนาจกระทำความผิดจากการปฏิบัติการอำนาจ ตัวอย่างเช่น กระทำนอกเหนือขอบเขตจนกลายเป็นการก่อให้เกิดการกระทำความผิด หรือใช้อำนาจในการอำนาจโดยมิชอบ มีการรับผลตอบแทน ในระหว่างที่ได้รับอนุญาตให้อำนาจ หรือการใช้อำนาจอำนาจเพื่อแสวงหาประโยชน์อย่างใด ๆ เป็นต้น กรณีดังกล่าวในชั้นการพิจารณาของศาลอาจจะพิจารณาว่าพยานหลักฐานที่ได้มาเนื่องจากการกระทำอันมิชอบของเจ้าพนักงานรับฟังมิได้ตามมาตรา 226

แต่ในกรณีนี้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ.2550 ไม่มีบทกำหนดโทษไว้โดยตรงสำหรับเจ้าพนักงานที่ได้รับอนุญาตให้อำนาจกระทำการเกินขอบเขตที่กำหนดหรืออาศัยอำนาจอำนาจไปกระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมายนอกเหนือจากการปฏิบัติการอำนาจในหน้าที่ การจะลงโทษเจ้าพนักงานผู้กระทำความผิดจึง ต้องไปใช้มาตรา 157 ของประมวลกฎหมายอาญา ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต”

ประกอบกับมาตรา 17 ของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 ที่บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานผู้ใดกระทำความผิดใดๆ ตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดเสียเอง ต้องระวางโทษเป็นสามเท่าของโทษที่กำหนดสำหรับความผิดนั้นๆ”

แต่จะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาคดีอาจมีปัญหาในการปรับบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวไปใช้ลงโทษเจ้าพนักงานผู้กระทำความผิด เนื่องจากเจ้าพนักงานอาจอ้างได้ว่า ตนได้รับอนุญาตให้ปฏิบัติการอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายการใดๆ ที่กระทำลระหว่างการอำนาจถือว่าชอบด้วยกฎหมายด้วย หรืออาจจะมีปัญหาในกรณีที่เจ้าพนักงานกระทำเกินขอบเขตอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติการอำนาจ แต่มิได้มีเจตนาแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากการกระทำนั้น ในกรณีที่การกระทำนั้นเกี่ยวข้องกับความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเจ้าพนักงานดังกล่าวก็อาจถูกดำเนินคดีโดยใช้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 17 ของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ซึ่งอาจถูกลงโทษเป็นสามเท่า ของโทษที่กำหนดสำหรับความผิดนั้น ซึ่งเป็นการไม่เป็นธรรมอย่างยิ่งสำหรับ

เจ้าพนักงานซึ่งไม่มีเจตนาในการแสวงหาประโยชน์จากการปฏิบัติกรอำพราง หากแต่มีความเข้าใจคลาดเคลื่อนถึงขอบเขตอำนาจของตนในระหว่างการปฏิบัติกรอำพรางดังกล่าว

ในกรณีนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ ในมาตรา 27 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการแฝงตัวไว้ โดยบัญญัติว่า “ในกรณีที่จำเป็นและเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ ให้อธิบดีหรือผู้ได้รับมอบหมายมีอำนาจให้บุคคลใด จัดทำเอกสารหรือหลักฐานใดขึ้นหรือเข้าไปแฝงตัวในองค์กรหรือกลุ่มบุคคลใด เพื่อประโยชน์ในการสืบสวน ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามข้อบังคับที่อธิบดีกำหนด

การจัดทำเอกสารหรือหลักฐานใด หรือการเข้าไปแฝงตัวในองค์กร หรือกลุ่มคนใดเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบ”

จะเห็นได้ว่าการแฝงตัวในพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษซึ่งมีลักษณะคล้ายกับการอำพรางในมาตรา 7 ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญา

แต่ในพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษได้มีบทบัญญัติกำหนดโทษเจ้าหน้าที่ทำการแฝงตัวไว้ในมาตรา 40 โดยบัญญัติว่า ผู้ใดปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 27 กระทำการนอกเหนือวัตถุประสงค์ในการสืบสวนสอบสวนตามพระราชบัญญัตินี้ เพื่อแสวงหาประโยชน์อันมิชอบสำหรับตัวเองหรือผู้อื่น ให้ผู้นั้นไม่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 27 วรรคสอง ถ้าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาให้ระวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

จากการกำหนดในลักษณะดังกล่าวทำให้ มีความชัดเจนในการพิจารณาของศาลในการลงโทษเจ้าพนักงานที่ปฏิบัติกรนอกเหนือจากที่ได้รับมอบหมายในระหว่างการอำพรางหรือแฝงตัว โดยเฉพาะการกำหนดองค์ประกอบว่า “เพื่อแสวงหาประโยชน์อันมิชอบสำหรับตัวเองหรือผู้อื่น” ทำให้พิจารณาได้ชัดเจนว่าจะลงโทษเจ้าพนักงานที่กระทำการนอกเหนือจากขอบเขตหน้าที่ได้เป็นสองเท่าของโทษที่กำหนด ก็เฉพาะกรณีที่เจ้าหน้าที่นั้นกระทำไปเพื่อแสวงหาประโยชน์อันมิชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ในความผิดอาญาเท่านั้น

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าควรมีการบัญญัติบทลงโทษของเจ้าพนักงานที่ได้รับอนุญาตให้ปฏิบัติกรอำพรางตามมาตรา 7 ที่กระทำการนอกเหนือจากขอบเขตการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ไว้โดยเฉพาะให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาคดีและเพื่อความ เป็นธรรมแก่เจ้าพนักงานที่ปฏิบัติกรอำพราง